

وأما إن اشترط (❧) أجلاً مثل أن يقول ❧ : تكفّلتُ بيدن فلان لأسلمه بعد عشرة أيام ، فليس له مطالبتة قبل مضي ❧ الأجل ، فإذا انقضت المدّة كان له المطالبة .^(٤)

[١٢١] [الفرع] الثاني : [إذا طالب الكفيل بإحضار خصمه فأحضره،

سواء وُجِدَتْ يَدٌ غالبة أو لم توجد]:

إذا طالب الكفيل بإحضار ❧ خَصْمِهِ ، فأحضره ❧ ، فإن لم يكن هناك هناك يد غالبة^(٧) ، تحيل بين المدّعي وبين ❧ المدّعى □ عليه ، فهل يلزمه

❧ في (م) : فأما إذا شرط .

❧ في (م) : قال .

❧ في (ج) : حلول .

(٤) فإذا كانت الكفالة مقيّدة إلى أجل معلوم، صحّت قولاً واحداً.

قال العمراني - رحمه الله - في البيان (٣٤٧/٦) : «وإن تكفّل بيدنه إلى أجل معلوم، صحت الكفالة، ولا يلزمه إحضاره قبل ذلك، كما إذا ضمن الدّين إلى أجل معلوم».

وانظر : الحاوي الكبير ٤/٦٥٠ ، المذهب ١/٣٤٣ ، بحر المذهب ٨/١٠٩ ، حلية العلماء ٥/٨٠ ، التهذيب ٤/١٩٠ ، فتح العزيز ١٠/٣٧٦ ، روضة الطالبين ٤/٢٥٦ ، النجم الوهاج ٤/٤٩٩ ، إخلاص الناوي ٢/٢٣٥ ، مغني المحتاج ٣/٢٠٩ .

❧ في (م) : بإحضاره .

❧ ساقط من : (م) .

(٧) يد غالبة: أي لا يكون هناك يدٌ حائلة مثل: سلطان قاهر، أو متغلّب عليه، يمنع المكفول له عنه، لقيامه بما وجب عليه.

انظر : بحر المذهب ٨/١٠٩ ، التهذيب ٤/١٨٨ ، البيان ٦/٣٥٠ ، فتح العزيز ١٠/٣٧٧ ، روضة الطالبين ٤/٢٥٧ ، مغني المحتاج ٣/٢٠٩ .

تسليمه أم لا ؟ حكمه حكم ما لو كان عليه ذَيْن، فجاء به في وقت محلّه ، هل يجبر ~~❌~~ على القبض أم لا ؟ وقد ذكرنا المسألة فيما مضى .

فإذا ~~❌~~ قلنا : يلزمه التسليم - وهو الصحيح^(٤) - فامتنع ، فمن أصحابنا من قال : يحضره عند الحاكم ليسلمه ~~❌~~ إليه ويبرأ ، فإن ~~❌~~ لم يجد (حاكماً أشهد) ~~❌~~ رجلين على تسليمه وامتناع المكفول له^(٨) . ومن أصحابنا من قال : (يُشهد شاهدَيْن على امتناعه^(٩) ، سواء وجد حاكماً أو لم يجد)^(١)؛

~~❌~~ في (ج) : و .

~~❌~~ في (م) : نجبر .

~~❌~~ في (ج) : وإذا .

(٤) قال الإمام الرافعي - رحمه الله - في فتح العزيز (٣٧٦/١٠) : «فالظاهر أنه يلزمه قبوله» .

ومثله عن الإمام النووي - رحمه الله - في روضة الطالبين (٢٥٦/٤) .

وانظر : المهذب ٣٤٤/١ ، بحر المذهب ١٠٩/٨ ، حلية العلماء ٧٩/٥ ، التهذيب

١٨٨/٤ ، النجم الوهاج ٤٩٩/٤ ، مغني المحتاج ٢٠٩/٣ .

~~❌~~ في (م) : ويسلمه .

~~❌~~ في (ج) : وإن .

~~❌~~ في (م) : حكماً شهد .

(٨) قاله : الشيخ أبو حامد في التعليق ، وأبو العباس بن سريج ، كما نسبته إليهما : ابن الصباغ

في الشامل (ج ٣/ل ١٩٤/ب) ، وأبو المحاسن الروياني في بحر المذهب (١٠٩/٨) ، وأبو بكر

الشاشي في حلية العلماء (٧٩/٥) ، والعمرياني في البيان (٣٥٠/٦) .

وانظر : الحاوي الكبير ٤٦٥/٦ ، المهذب ٣٤٤/١ ، التهذيب ١٨٨/٤ ، فتح العزيز

٣٧٦/١٠ ، روضة الطالبين ٢٥٦/٤ ، النجم الوهاج ٤٩٩/٤ ، مغني المحتاج ٢٠٩/٣ ، نهاية

المحتاج ٤٤٩/٤ .

(٩) قاله : القاضي أبو الطيب الطبري كما في شرح مختصر المزني (ج ٥/ل ١٣٤/ب) ، ونسبه

إليه : ابن الصباغ في الشامل (ج ٣/ل ١٩٤/ب) ، وأبو المحاسن الروياني في بحر المذهب

يجد)؛ لأن صاحب الحق موجود ، فلا يلزمه تسليمه إلى غيره^(١) ، ولو حمّله إلى الحاكم وسلّمه إليه جاز ، ويبرأ عن العُهدَة بلا خلاف ، وأما إذا كان هناك يدٌ غالبية تحيل بين المدّعي والمدّعى عليه ، لا يلزمه تسليمه ، ولا يبرأ عن الكفالة بإحضاره ، وهذا كالبائع إذا أحضر المبيع وليس هناك من يمنع المشتري من القبض بأمره بالتسليم ، فيستقر عليه الثمن ، وإن كان هناك (من يحيل) بين المشتري والمبيع ، لا يجعله قابضاً ، ولا يستقر عليه الثمن^(١٠).

(١٠٩/٨) ، وأبو بكر الشاشي في حلية العلماء (٧٩/٥) ، والعمراني في البيان (٣٥٠/٦).

في (م) : سواء وجد الحاكم أو لم يجد الحاكم ، يشهد شاهدين على امتناعه .
(٢) قال ابن الصباغ في الشامل (ج٣/١٩٤/ب) : «وهذا أقيس؛ لأن مع وجود صاحب الحق لا يلزمه دفعه إلى من ينوب عنه من حاكم أو غيره».

وانظر : بحر المذهب (١٠٩/٨) ، حلية العلماء (٧٩/٥) ، البيان (٣٥٠/٦).

في (م) : وسلم .

في (م) : فأما .

في (م) : كما للبائع .

في (م) : ما .

في (م) : ويستقر .

في (م) : ما يحلّ .

في (م) : لا يجعل .

(١٠) قال الإمام الشيرازي في المذهب (٣٤٤/١) : «وإن أحضره وهناك يد حائلة، لم يبرأ؛ لأن

التسليم المستحق هو التسليم من غير حائل؛ ولهذا لو سلّم المبيع مع الحائل، لم يصح تسليمه».

[١٢٢] [الفرع] الثالث : [إذا طالب الكفيل بإحضار الخصم، سواء كان

الخصم حاضراً في البلد أو غائباً]:

إذا طُوبِ بِالإحضار ، والخصم حاضر في البلد ، فعليه إحضاره وتسليمه ، فإن أحضره ~~✗~~ وإلاً حبسه الحاكم ^(١) ؛ كما لو امتنع من أداء (الدَّيْنِ وَ) ~~✗~~ تسليم / المبيع بعد قبض الثمن . وإن كان الخصم غائباً ، فإن ~~✗~~ كان لا يعرف مكانه ، فلا ~~✗~~ يجوز مطالبته بإحضاره ^(٢) ؛ لأنه عاجز عن التسليم ، فصار كما

[م/ب/٢٣]

وانظر : الحاوي الكبير ٤٦٥/٦ ، بحر المذهب ١٠٩/٨ ، التهذيب ١٨٨/٤ ، البيان ٣٥٠/٦ - ٣٥١ ، مغني المحتاج ٢٠٩/٣ .

~~✗~~ في (م) : إحضاره .

(٢) هذا إذا كان المكفول به حاضراً مقدوراً عليه، فإنه يحبس الكفيل حتى يأتي به.

انظر : الحاوي الكبير ٤٦٥/٦ ، الشامل (ج ٣/١٩٤ ب)، بحر المذهب ١٠٩/٨ ، حلية العلماء ٧٣/٥ ، التهذيب ١٨٨/٤ ، مغني المحتاج ٢٠٨/٣ .

~~✗~~ في (م) : الثمن أو .

~~✗~~ في (م) : وإن .

~~✗~~ في (ج) : لا .

(٦) على ظاهر المذهب، كما نصَّ عليه أبو المحاسن الروياني في بحر المذهب (١٠٧/٨) ،

فقال: «لو لم يَمُتْ، ولكنه غاب غيبة لا يعرف موضعه، لا يلزمه شيء، كما لو مات، على ظاهر المذهب».

قال الشريبي - رحمه الله - في مغني المحتاج (٢١٠/٣): «والقول قوله: إنه لا يعلم»، أي: أن القول قول الكفيل في أنه لا يعلم مكان المكفول، مع يمينه».

وانظر : الشامل (ج ٣/١٩٤ ب)، المطلب العالي (ج ١٠/١٧٠ ب)، نهاية المحتاج ٤٥٠/٤ .

لو ضمن مالا ثم أفلس ، لا يجوز للمضمون له مطالبتة^(١). وإن كان موضعه معلوماً ، والمسافة دون مسافة / القصر^(٢) ، فيمهل قدر ما يتمكن فيه من ردّه [ج/٢٢]

==

قال العمراني - رحمه الله - في البيان (٣٥١/٦): «وإن كان غائباً غيبة منقطعة ولا يعلم مكانه، لم يطالب الكفيل بإحضاره، ولم يحبس؛ لأنه لا يمكن المطالبة برده، فلم يطالب به، كمن عليه دين هو معسر به، فإنه لا يطالب به».

وانظر : الحاوي الكبير ٤٦٥/٦، المذهب ٣٤٤/١، الشامل (ج ٣/١٩٤ ب)، بحر المذهب ١٠٧/٨، ١٠٩، التهذيب ١٨٨/٤، فتح العزيز ٣٧٧/١٠، روضة الطالبين ٢٥٨/٤، المطلب العالي (ج ١٠/١٧٠ ب)، مغني المحتاج ٢١٠/٣.

(٢) مسافة القصر : أي قصر الصلاة الرباعية ركعتين في السفر، سواء في حالة الخوف، أو في حالة الأمن.

وقد اختلف الفقهاء - رحمهم الله - في تقدير المسافة التي يقصر فيها، على اتجاهين: الاتجاه الأول : الحنفية : فيرون أن المسافة تقدر بالسير ثلاثة أيام بلياليها من أقصر أيام السنة في البلاد المعتدلة، بسير الإبل ومشى الأقدام على ما يعتاد من ذلك، مع ما يتخلله من نزول واستراحة وأكل وصلاة، ولا يصح التقدير عندهم بالفراسخ على المعتمد الصحيح، ويشترطون في مسافة القصر: مفارقة الأبنية وكل ما يتعلق بالمصر بمقدار غلوة، أي: بما يساوي (٢٢١.٧٦) متراً، وهو حاصل ضرب طول الغلوة بالأذرع، وهو يقدر بـ (٤٨٠) ذراعاً في طول الذراع بالسنتيمتر، وهو يعدل (٤٦.٢) سم.

$$\text{حسابياً } ٢٢١٧٦ = ٤٨٠ \times ٤٦.٢ \text{ سم}$$

وبالمتر $٢٢١٧٦ = ١٠٠ \div ٢٢١.٧٦ \text{ م}$ ، وتقدر بالكيلو متر بحوالي ٩٦ كم . ووجهة نظرهم : أن التقدير بالثلاثة أيام بلياليها تقدير منضبط، بخلاف التقدير بالفراسخ؛ لأن القائلين به اختلفوا في أطوال وحدات المسافة، وهذا يؤدي إلى الاختلاف في تمديد مسافة القصر.

الاتجاه الثاني : وهو مذهب المالكية والشافعية والحنابلة: أنه يعتد بالفراسخ والأميال، مع اختلافهم في تقدير مسافة القصر بهذه الفراسخ، وتقدر المسافة ذهاباً لا إياباً: بأربعة بُرْد، أو ستة عشر فَرَسَخاً، والفَرَسَخُ ثلاثة أميال، فتكون المسافة: ثمانية وأربعين ميلاً، والميل: ستة آلاف ذراع، كما ذكر الشافعية والحنابلة، وقال المالكية على الصحيح: الميل: ثلاثة آلاف وخمس مائة ذراع، فإذا كانت مسافة البريد بالكيلو متر = ٢٢.١٧٦ كم ،

==

$$\text{فتكون مسافة القصر } = ٢٢.١٧٦ \times ٤ = ٨٨.٧٠٤ \text{ كم}$$

، وإذا أمهلناه ، فإن ردّه فلا كلام ، (وإن لم يرده يُجَبَس) ~~X~~ حتى يرده .^(٣)

انظر : بدائع الصنائع ٩٣/١ ، الهداية والعناية وفتح القدير ٢٧/٢ - ٣١ ، الإختيار ٧٩/١ ، البحر الرائق ١٣٩/٢ - ١٤٠ ، الدر المختار ومعه ردّ المختار ١٢٢/٢ ، مراقي الفلاح شرح نور الإيضاح ، للشيخ حسن الشرنبلالي ص ٧١ ، الباب في شرح الكتاب ، للشيخ عبدالغني الغنيمي ١٠٥/١ .

المدونة الكبرى ٢٠٧/١ - ٢٠٨ ، التلقين في الفقه المالكي ، للقاضي عبدالوهاب ١٢٧/١ ، الكافي ، لابن عبدالبر ص ٦٧ ، المنتقى شرح الموطأ ٢٦٢/١ - ٢٦٣ ، مواهب الجليل ١٤٠/٢ - ١٤١ ، شرح الخرشي ٥٦/٢ - ٥٧ ، حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٤٧٤/١ - ٤٧٥ ، الفواكه الدواني ٢٥٣/١ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣٥٨/١ - ٣٥٩ .

المهذب ١٠٢/١ ، الإقناع ، للماوردي ص ٤٨ ، المجموع ٢١٠/٤ - ٢١٥ ، شرح جلال الدين المحلي مع حاشيتي قليوبي وعميرة ٢٩٩/١ - ٣٠٠ ، أسنى المطالب ٢٣٧/١ - ٢٣٨ ، المنهج القويم ، ص ٣٥١ - ٣٥٢ ، مغني المحتاج ٥٢١/١ - ٥٢٢ ، نهاية المحتاج ٢٥٧/٢ - ٢٥٨ ، المقدمة الحضرمي ، لعبدالله بافضل الحضرمي ص ١٠٠ .

مختصر الخرقي ص ٣٣ ، عمدة الفقه ، للموفق ابن قدامة ص ٢٤ ، المغني ١٠٥/٣ - ١٠٦ ، المحرر في الفقه ١٢٩/١ ، الشرح الكبير ٣٦/٥ ، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية ٣٨/٢٤ وما بعدها ، المبدع ١٠٦/٢ - ١٠٧ ، الإنصاف ٣٦/٥ - ٤٠ ، الروض المربع ٢٧١/١ - ٢٧٢ ، أخصر المختصرات ص ١٢٥ ، منار السبيل ١٣٠/١ - ١٣١ ، فتاوى اللجنة الدائمة ٩٠/٨ ، ٩٩ ، مجموع فتاوى الشيخ عبدالعزيز بن باز ٢٦٤/١٢ - ٢٧٣ ، الشرح الممتع ، لابن عثيمين ٤٩٥/٤ - ٤٩٦ ، الفقه الإسلامي وأدلته ، للزحيلي ٧٤/١ - ٧٥ ، الموسوعة الفقهية ٢٧٠/٢٧ - ٢٧١ ، ٢٧٣ ، مجلة كلية الشريعة والقانون بطنطا ، العدد (١٦) ، ج (٢) ، ص (٨٤٩ - ٨٥٠) ، المكايل والموازن الشرعية ، للدكتور علي جمعة ص ٤٥ - ٤٧ .

في (م) : يده . ~~X~~

في (م) : وإن رده يجلس . ~~X~~

ذكره القاضي أبو حامد في جامعه ، كما نصّ على ذلك أبو المحاسن الروياني في بحر

المذهب : (١٠٧/٨) .

وقال ابن شبرمة^(١) : يُجْبَسُ عند المطالبة ، ولا يُمَهَّل زمان إمكان الذهاب
الذهاب إليه والمجيء^(٢) ، وليس بصحيح ؛ لأن الحقوق لا يُطالَب بها إلا في
حالة الإمكان ، ولا يمكن تسليم الغائب في الوقت ، فلا بُدَّ من الإمهال^(٣) .
فأما إذا كان موضعه معلوماً ، ولكنَّ المسافة تبلغ مسافة القصر ، (فمن
أصحابنا من قال : لا يُطالَب بإحضاره^(٤) ؛ لأن المسافة إذا بلغت مسافة

وانظر : المذهب ٣٤٤/١ ، الشامل (ج ٣/١٩٤ ب)، الوسيط ٢٤٠/٣ ، حلية العلماء
٨٠/٥ ، التهذيب ١٨٨/٤ ، فتح العزيز ٣٧٨/١٠ ، روضة الطالبين ٢٥٨/٤ ، مغني المحتاج
٢١٠/٣ .

(١) ابن شبرمة : هو عبدالله بن شبرمة بن طفيل بن حسان الضبي، الكوفي التابعي، عمُّ عمارة
بن القعقاع، ولكنَّ عمارة أسنَّ منه، فقيه العراق، قاضي الكوفة، ولد سنة (٩٢) هـ ، كان
عفيفاً صارماً عاقلاً خيراً، يشبه النساك، وكان شاعراً كريماً جواداً، وثَّقه أحمد بن حنبل
وأبو حاتم الرازي وغيرهما، وكان من أئمة الفروع، وأما الحديث، فما هو بالكثر منه، له نحو
من ستين أو سبعين حديثاً، حدَّث عن : أنس بن مالك وأبي الطفيل عامر بن واثلة وأبي
زرعة وطائفة، وحدَّث عنه: الثوري والحسن بن صالح، وابن المبارك، وابن عيينة، وخلق
سواهم، قال ابن شبرمة: كُنْتُ إذا اجتمعت أنا والحارث العكلي على مسألة، لم نبال من
خالقنا، وتوفي سنة (١٤٤) هـ.

انظر : طبقات الفقهاء، للشيرازي ص ٨٥ ، سير أعلام النبلاء ٣٤٧/٦ ، شذرات الذهب
٢١٥/١ ، الجواهر المضية ٥٤٧/١ .

(٢) أي : أنه يُجْبَس في الحال، وحجته: بأن حقَّه قد توجَّه عليه.

انظر : الشامل (ج ٣/١٩٤ ب)، بحر المذهب ١٠٧/٨ ، حلية العلماء ٨٠/٥ ، البيان
٣٥١/٦ .

(٣) انظر : نفس المراجع السابقة.

(٤) وهذا الوجه الأول، قال الشريبي رحمه الله- في مغني المحتاج (٣/٢١١ - ٢١٢):
«وقيل: إن غاب إلى مسافة القصر فأكثر، لم يلزمه إحضاره، كالولي وشاهد الأصيل، فإن

القصر) كانت ملحقه في الأحكام بالغيبة المنقطعة في الحكم ، ألا ترى أن شاهد الأصل إذا غاب إلى مسافة القصر ، يسمع شهادة شاهد الفرع ، كما لو غاب غيبة لا يدري موضعه ، (وكذلك الولي إذا غاب إلى مسافة القصر ، فالسلطان يزوج المرأة ، كما لو كانت الغيبة منقطعة ، ولا يدري موضعه^(٧)) . ومنهم من قال : يلزمه إحضاره^(٩) ؛ كما لو لزمه دَيْن وماله

غيبتهما إلى هذه المسافة كالغيبة المنقطعة»

وأجاب شمس الدين الرملي في نهاية المحتاج (٤/٤٥١) عن هذا الوجه، فقال: «وَرُدُّ: بأن مال المدين لو غاب إليه، لزمه إحضاره، فكذا هو».

انظر : التهذيب ٤/١٨٨ ، فتح العزيز ١٠/٣٧٨ ، منهاج الطالبين ص ٦٣ ، روضة الطالبين ٤/٢٥٨ ، عجالة المحتاج ٢/٨٢١ ، النجم الوهاج ٤/٥٠١ .

ساقط من : (ج) .

في (م) : فمن أصحابنا كانت ملحقه ، وهو خطأ في تكرار عبارة : فمن أصحابنا . في غير موضعه .

ساقط من : (ج) .

ساقط من : (م) .

ساقط من : (م) .

في (م) : عنه .

(٧) انظر : نفس المراجع السابقة .

ساقط من : (ج) .

(٩) وهذا الوجه الثاني، وهو الأظهر والأصح، صححه : الرافعي في فتح العزيز

(١٠/٣٧٨) ، والنووي في روضة الطالبين (٤/٢٥٨) ، وابن الملتن في عجالة المحتاج

(٢/٨٢١) وفي شرح مختصر التبريزي (ص ٢٢٨) .

وانظر : التهذيب ٤/١٨٨ ، مغني المحتاج ٣/٢١٠ ، نهاية المحتاج ٤/٤٥٠ - ٤٥١ ، حاشية

منه على مسافة بعيدة ، ولكن كان موضعه معلوماً ، يُؤمر بإحضاره ~~✗~~ وقضاء الدَّين ، وكذلك إذا باع معلوماً ~~✗~~ مالاً غائباً، وكان قد رآه المشتري قبل العقد ؛ حتى يكون البيع ~~✗~~ صحيحاً بالإتفاق ، يؤمر البائع بإحضاره. (٤)

[١٢٣] [الفرع] الرابع : [إذا تكفَّل ببدن المكفول به وهو غائب]:

إذا تكفَّل ببدنه وهو غائب، تصح الكفالة ببدنه ~~✗~~ ؛ كالمفلس إذا تكفَّل بمال (٥) / ، وحكم المطالبة بالإحضار على ما ذكرنا. (٦)

قليوبي وعميرة ٢/٤١٠ - ٤١١.

~~✗~~ في (م) : بإحضار المال .

~~✗~~ ساقط من : (ج) .

~~✗~~ في (م) : العقد .

(٤) انظر : نفس المراجع السابقة .

~~✗~~ ساقط من : (ج) .

(٦) قال الإمام الماوردي - رحمه الله - في الحاوي الكبير (٦/٤٦٥) : «فلا فرق في صحة الكفالة بين أن يكون المكفول به حاضراً أو غائباً، ولا فرق بين أن يكون مطلقاً أو محبوساً؛ لأن تعشُر إحضاره بالحبس والغيبة جارٍ مجرى إعسار الضامن بالمال، ثم ثبت أن إعسار الضامن بالمال الذي ضمنه، لا يمنع من صحة ضمانه، فكذا تعذر إحضار المكفول به، لا يمنع من صحة الكفالة».

وانظر : المهذب ١/٣٤٣، الوسيط ٣/٢٣٩، بحر المذهب ٨/١٠٨، التهذيب ٤/١٨٨، فتح العزيز ١٠/٣٧٤، منهاج الطالبين ص ٦٢، روضة الطالبين ٤/٢٥٤، مغني المحتاج ٣/٢٠٨، نهاية المحتاج ٤/٤٤٨.

(٧) كما سبق بيانه في مسألة الفرع الثالث، رقم (١٢٢)، صفحة (٤٣٨).

[١٢٤] [الفرع] الخامس : [إذا تكفّل ببدن المكفول به وأحضره قبل**الأجل، سواء كان على المكفول له ضرر في قبوله أو لم يكن]**

إذا تكفّل ببدنه وضرب أجلاً ، ثم أحضره قبل الأجل ، فإن كان على المكفول له ضرر في قبوله ، بأن لم يكن شهوده ❖ حضوراً ، أو كان الحاكم لا يجلس للحكم في ذلك اليوم ، فلا ❖ يلزمه تسليمه ، وإن لم يكن عليه ضرر ، فحكمه حكم من عليه دَيْنٌ مؤجّلٌ ، فجاء به قبل محلّه (٣) ، وقد ذكرنا ❖ .

[١٢٥] [الفرع] السادس : [لو تكفّل ببدن إنسان وعيّن الموضع الذي**يسلّمه فيه]**

لو تكفّل ببدن إنسان وعيّن الموضع الذي يسلّمه فيه ، فإن أحضره في ذلك المكان فعليه أن يتسلّم (٥) ، وإن جاء به ليسلّم في غير ذلك المكان ، فإن

❖ في (ج) : شهود .

❖ في (ج) : لا .

(٣) فيلزمه القبول إذا لم يكن عليه ضرر، ذكره أبو حامد في الجامع، كما نصّ على ذلك أبو المحاسن الروياني في بحر المذهب (١١٠/٨).

وانظر : الحاوي الكبير ٤٦٥/٦، المذهب ٣٤٤/١، الشامل (ج٣/١٩٤ل/ب)، حلية العلماء ٨٠/٥، التهذيب ١٩٠/٤، البيان ٣٥٠/٦.

❖ في (م) : وقد ذكرنا .

(٥) قال الإمام الرافعي -رحمه الله- في فتح العزيز (٣٧٦/١٠): «إن عيّن في الكفالة مكاناً للتسليم تعيّن، وإن أطلق، ففي التمتّة: أنه كما لو أطلق السّلم ولم يعيّن مكان التسليم،

فإن كان له في المكان الموعَّين غرض ، بأن كان قد عَيَّن مجلس الحكم ، أو عَيَّن بقعة للمدَّعي فيها معارف، ومن يعاونه على خصمه لو أراد أن يتفَلَّت من يده، فلا يلزمه قبوله ، فإن لم يكن له في ذلك المكان غرض ، فهو كما لو جاء به قبل محلّه ، ولا غرض في التأخير ، والمذهب: أن عليه أن يتسلَّم^(١).

وقال الإمام وغيره: يحمل على مكان الكفالة، ولا يجيء فيه ذلك الخلاف، وسواء جاء الخلاف أم لا، فالظاهر جوازه، وحمله على ذلك المكان.

وانظر : الحاوي الكبير ٤٦٥/٦، المذهب ٣٤٣/١ - ٣٤٤، المحرر في الفقه (م/٤٩٩/أ)، بحر المذهب ١٠٩/٨، الوسيط ٢٤٠/٣، حلية العلماء ٨٠/٥، التهذيب ١٨٨/٤، البيان ٣٤٨/٦، روضة الطالبين ٢٥٦/٤، مغني المحتاج ٢٠٩/٣.

(١) وحكى الشيخ أبو حامد عن أبي العباس بن سريج: في إحضاره في غير المكان المشروط وجهين:

أحدهما : لا يلزمه قبوله، كما لو تسلَّمه في غير ذلك البلد.

والثاني : يلزمه قبوله؛ لأن العادة أنه لا مؤنة عليه في نقله من موضع في البلد إلى موضع فيه.

قال ابن الصباغ في الشامل (ج٣/ل١٩٤/ب): «وإذا عين من في الكفالة تسليمه في مكان فأحضره في غيره نظرت: فإن كان عليه مؤونة أو مشقة في حمله إلى الموضع الذي عينه لم يلزمه تسليمه، وإذا لم يكن عليه ضرر في ذلك لزمه كما قلناه في إحضاره قبل الأجل، وحكى الشيخ أبو حامد عن أبي العباس في إحضاره غير المكان وجهان، والذي ذكرناه أولى».

انظر : الحاوي الكبير ٤٦٥/٦، المذهب ٣٤٤/١، بحر المذهب ١٠٩/٨، الوسيط ٢٤٠/٣، حلية العلماء ٨٠/٥ - ٨١، التهذيب ١٨٨/٤، البيان ٣٤٨/٦، فتح العزيز ٣٧٦/١٠، روضة الطالبين ٢٥٦/٤، شرح جلال الدين المحلي مع حاشية قليوبي وعميرة ٤٠٩/٢ - ٤١٠، مغني المحتاج ٢٠٩/٣، نهاية المحتاج مع حاشية الشبرايملي والرشيدى ٤٤٩/٤.

[١٢٦] [الفرع] السابع : [هل يُعْتَبَرُ تعيين مكان التسليم أم لا؟]

تعيين / مكان التسليم هل يُعْتَبَرُ أم لا ؟ الحكم فيه كالحكم في المسلّم^(١) [٢٢/ب/ج]

، وقد ذكرناه~~✗~~ (٣).

[١٢٧] [الفرع] الثامن : [إذا كان المكفول بيدنه في الحبس، سواء في**حبس الحاكم أو غيره]**

إذا كان المكفول بيدنه في الحبس ، وجب مطالبة الكفيل~~✗~~ بالتسليم ،
(وإن أراد)~~✗~~ أن يسلمه في الحبس ، فإن كان محبوساً في حبس غير الحاكم ،

(١) قال الدِّمِيرِيُّ - رحمه الله - في النجم الوهاج (٤/٤٩٩): «فإن قيل: تقدّم في باب السّلم، أن السّلم الحالّ لا يشترط فيه بيان الموضع بلا خلاف، والأصح في المؤجلّ: أنه لا بُدّ من بيان الموضع إذا كان لا يصلح للتسليم، أو يصلح ولكن لنقله مؤنة، فما الفرق؟ فالجواب : أن وضع السلم التأجيل، ووضع الضمان الحلول، وسيأتي أنه لا يصح تأقيت الكفالة، وذلك عقد معاوضة، وهذا باب غرامة، فافترقا»، أي: أن السّلم عقد معاوضة، والتكفل محض إلزام.

وانظر : المهذب ١/٣٤٣، التهذيب ٤/١٨٨، البيان ٦/٣٤٨، فتح العزيز ١٠/٣٧٦، روضة الطالبين ٤/٢٥٦، أسنى المطالب ومعه حاشية الرملي ٢/٢٤٢-٢٤٣، حاشية البجيرمي على المنهج ٣/٣٢، مغني المحتاج ٣/٢٠٩، نهاية المحتاج ومعه حاشية الشبراملسي ٤/٤٤٩.

في (م) : وقد ذكرنا . ~~✗~~

(٣) كما في مسألة الفرع السادس، رقم (١٢٥)، صفحة (٤٤٥).

في (م) : للكفيل . ~~✗~~

في (م) : فأراد . ~~✗~~

لم يكن عليه أن يتسلّمه ~~✗~~ محبوساً ، إلا أن يكون له قدرة على إخراجه من الحبس ، وإن كان في حبس الحاكم فعليه أن يتسلّمه ؛ لأن حبس الحاكم لا يمنعه من استيفاء حقّه ، فإن الحاكم ~~✗~~ يحضره متى طالبه بإحضاره ، (فإن ثبت له عليه حقٌّ) ~~✗~~ حبسه بالحقّين جميعاً . (٤)

[١٢٨] [الفرع] التاسع : [لو حضر المكفول ببدنه، فسَلَّم نفسه إلى

الخصم]:

لو حضر المكفول ببدنه ، فسَلَّم نفسه إلى الخصم (برئ الكفيل) ~~✗~~ ؛ (لأن الغرض الكفالة، وقد حصلت) ~~✗~~ ، فصار ~~✗~~ كالمضمون عنه ~~✗~~ إذا قضى

~~✗~~ في (ج) : يتسلم .

~~✗~~ في (م) : للحاكم .

~~✗~~ في (م) : وإن ثبت له حق عليه .

(٤) قال العمراني - رحمه الله - في البيان (٣٥١/٦) : « وإن سلّمه وهو في حبس الحاكم، لزمه أن يتسلّمه؛ لأن حبس الحاكم لا يمنعه من استيفاء حقّه، فإن كان حقّه قد ثبت عليه بالبيّنة أو بالإقرار، حبسه الحاكم به، وبالحقّ الذي كان محبوساً به»، وإن لم يثبت، حبسه بالأوّل على ما كان.

انظر : المهذب ٣٤٤/١، الشامل (ج ٣/١٩٤/ب)، بحر المذهب ١١٠/٨، التهذيب ١٨٨/٤، فتح العزيز ٣٧٧/١٠، روضة الطالبين ٢٥٧/٤، النجم الوهاج ٤٩٩/٤، مغني المحتاج ٢٠٩/٣.

~~✗~~ في (م) : يبرأ للكفيل .

~~✗~~ في (م) : لأن الغرض من الكفالة قد حصل .

~~✗~~ في (م) : وصار .

~~✗~~ في (م) : عليه .

قضى الدَّيْن يبرأ الضامن^(١)، وأما ✖ إذا لم يقصد تسليم نفسه إليه من جهة الكفيل، أو جاء به إنسان غير الكفيل، (أو سلَّمه إليه لا عن جهة الكفيل) ✖، فإن انقطعت الخصومة بينهما يبرأ الكفيل، ويصير كما لو أبرأ المضمون عنه يبرأ الضامن، وأما ✖ إذا لم تنفصل الخصومة بينهما فلا يبرأ الكفيل^(٥)،

(١) بأن يحضر المكفول به ويقول للمكفول له: سلَّمْتُ نفسي عن جهة الكفيل، ولا يكفي مجرد حضوره عن القول المذكور.

انظر: المهذب ٣٤٤/١، الشامل (ج ٣/١٩٥/أ)، الوسيط ٢٤٠/٣، البيان ٣٤٩/٦، فتح العزيز ٣٧٧/١٠، منهاج الطالبين ص ٦٢، روضة الطالبين ٢٥٧/٤، شرح جلال الدين المحلي ٤١٠/٢، إخلاف النواي ٢٣٥/٢، قوت الحبيب الغريب، محمد نووي بن عمر الجاوي ص ١٥١، السراج الوهاج ص ٢٤٢، مغني المحتاج ٢٠٩/٣.

✖ في (م): فأما .

✖ ساقط من: (ج) .

✖ في (م): فأما .

(٥) قال الإمام الرافعي -رحمه الله- في فتح العزيز (٣٧٧/١٠): «ولو لم يسلم عن جهة الكفيل، لم يبرأ الكفيل؛ لأنه لم يسلمه إليه، ولا أحداً من جهته، حتى قال القاضي حسين: لو ظفر به المكفول له في مجلس الحكم، وأدعى عليه لم يبرأ الكفيل، وكذا لو سلَّمه أجني لا عن جهة الكفيل».

وذكر القاضي أبو حامد في الجامع: أنه لو لقيه المكفول به في الموضع المشروط وقال: اشهدوا أنني سلَّمْتُ نفسي إليه من كفالة فلان، برئ الكفيل؛ لأن القصد حصوله في يده، فلا فرق بين أن يكون بالكفيل أو بنفسه وحده، نصَّ على ذلك أبو المحاسن الروياني في بحر المذهب (١١٠/٨).

وانظر: الحاوي الكبير ٤٦٥/٦، المهذب ٣٤٤/١، الوجيز ٣٥٥/١، التهذيب ١٨٨/٤، البيان ٣٤٩/٦، روضة الطالبين ٢٥٧/٤، شرح جلال الدين المحلي ومعه حاشية قليوبي ٤١٠/٢، قوت الحبيب الغريب ص ١٥١.

بخلاف ما لو ضمن دَيْنًا ثم اختلفا ، وأن المضمون عنه قضى الدَّين أو تبرَّع به متبرِّع ؛ لأنه لم يَبْقَ له حقُّ مطالبة المضمون عنه ، وهاهنا المنازعة بينهما قائمة كما كانت .

[١٢٩] [الفرع] العاشر : [لو جاء إنسان أجنبي وأحضر المكفول ببدنه

ياذن أو بغير إذن]:

لو جاء إنسان أجنبي، وأحضر المكفول ببدنه، وقال : أريد أن أسلِّمه أسلِّمه إليك من جهة فلان ، فإن كان بإذنه فيتسلَّمه عن الكفالة ؛ لأنه وكيله ، وإن كان بغير إذن فهو متبرِّع ، فلا يلزمه تسليمه ، ولكن (إن تسلَّم برئ) عن الكفالة. (١٠)

ساقط من : (م) .

في (م) : أن ، بإسقاط حرف العطف.

ساقط من : (م) .

ساقط من : (ج) .

ساقط من : (ج) .

في (ج) : لك .

في (م) : فيلزم أن يتسلم .

في (م) : لأن .

في (ج) : إن سلَّم يبرأ .

(١٠) قال ابن أبي بكر المقرئ - رحمه الله - في إخلاص النواوي (٢/٢٣٥) : « وإن أحضره أجنبي

له بإذن الكفيل وجب القبول، أو بغير إذن له لم يجب، فإنه قبله برئ ».

وانظر : فتح العزيز ٣٧٧/١٠ ، روضة الطالبين ٢٥٧/٤ ، النجم الوهاج ٥٠٠/٤ ، شرح

[١٣٠] [الفرع] الحادي عشر : [إذا مات المكفول ببدنه]

لو مات المكفول ببدنه، (برئ الكفيل عن الكفالة) ❧^(١)؛ لأننا قد أيسنا

البهجة ١٥٨/٣، فتح الجواد ٤٩٩/١، مغني المحتاج ٢١٠/٣، الأنوار ومعه حاشية
الكمثرى ٤٦٧/١.

❧ في (ج) : يبرأ من الكفالة .

(٢) قال الإمام الماوردي -رحمه الله- في الحاوي الكبير (٤٦٦/٦) : «فلو مات المكفول به
فمذهب الشافعي وأبي حنيفة -رضي الله عنهما- أنه لا شيء على الكفيل» .
وهو -أيضاً- مذهب الحنابلة ؛ لأنه تكفل ببدنه لا بدنه، فلم يلزمه ما عليه من الدين،
كما لو غاب، ويفارق الرهن؛ لأنه علق به الدين، فاستوفى من، وها هنا لم يتكفل إلا
بإحضاره، وقد تعذر إحضاره بموته.

وقال مالك وأبو العباس بن سريج -رحمهما الله- : يلزم الكفيل ما كان على المكفول به
من الدين للمكفول له؛ لأن الكفالة وثيقة بالحق، فإذا تعذر الحق من جهة من عليه
الدين، استوفى من الوثيقة، كالرهن؛ ولأنه تعذر إحضاره، فلزم كفيله ما عليه، كما لو
غاب.

انظر : تبين الحقائق ١٤٩/٤، بدائع الصنائع ١٢/٦ - ١٣، الهداية ١٧٠/٧، المختار
ومعه الاختيار ١٦٨/٢، العناية ١٧٠/٧، الكتاب ومعه شرحه الباب ١٥٤/٢، فتح
القدير ١٧٠/٧، مجمع الأنهر ١٢٧/٢، حاشية ابن عابدين ٢٩٢/٥، الفتاوى الهندية
٢٥٩/٣.

==

المدونة الكبرى ١٠٠/٤، الكافي، لابن عبد البر ص ٣٩٩، بداية المجتهد ٢٢٢/٢،
القوانين الفقهية ص ٢١٤، شرح الخرشي ٣٥/٦، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير
٣٤٥/٣.

اخاوي الكبير ٤٦٦/٦، المهذب ٣٤٤/١، التنبيه ص ١٠٧، الشامل (ج ٣/١٩٥ أ)،
(ج ٣/١٩٦ أ)، بحر المذهب ١٠٦/٨، الوسيط ٢٣٩/٣، حلية العلماء ٧٥/٥ -

من تسليمه ، ولهذا لو كان المدعى □ عليه حاضراً فمات ، لا يبقى لدعواه ✕
 عليه حكم ، وإن أراد أن يمنع وارثه من دفنه ، لم يكن له ذلك ، وإن كان الحق
 (ثابتاً عليه) ✕ ، فإن قال الكفيل : أحضر جنازته مجلس الحكم ، فإن لم يكن (له
 غرض) ✕ في ذلك لم ✕ يلزمه الإجابة ، وإن كان له غرض ، بأن كان له
 شهود يشهدون على نفسه ، ولا يعرفون اسمه ونسبه ، فحينئذ يلزمه إحضاره . (٥)

==

٧٦ ، التهذيب ١٨٩/٤ ، البيان ٣٤٥/٦ ، فتح العزيز ٣٧٨/١٠ ، المطلب العالي
 (ج ١٠/ل ١٧٠/أ-ب) ، المهمات (ج ٢/ل ٣٥٥/ب) ، أدب القضاء ٣٦٤/٢ ، روضة
 الطالبين ٢٥٨/٤ ، مغني المحتاج ٢١١/٣ .
 المغني ١٠٥/٧ ، المقنع ٧٥/١٣ ، الشرح الكبير ٧٥/١٣ ، الإنصاف ٧٥/١٣ ، الفروع مع
 تصحيحه ٢٥١/٤ ، كشف القناع ٣٧٨/٣ ، دليل الطالب ، ص ١٢٤ ، شرح منتهى
 الإرادات ١٣٢/٢ ، مطالب أولي النهى □ ٣١٩/٣ .

- ✕ في (م) : دعواه .
 ✕ في (ج) : عليه ثابتاً .
 ✕ في (م) : له ذلك غرض .
 ✕ في (م) : لا .
 (٥) أو يحضر الحاكم إلى موضع الميِّت ، يسمع البيِّنة على عَيْنِهِ ، فعلى هذا يكون في الكفالة
 وجهان:

أحدهما : باقية لا تبطل بالموت ، ويؤخذ الكفيل بإحضار الميِّت .
 والوجه الثاني : قد بطلت الكفالة بالموت ؛ لأن الميِّت مقدور عليه لإقامة الشهادة عليه ،
 فلم يحتج إلى الكفل .

قال الإمام النووي - رحمه الله - في روضة الطالبين (٢٥٨/٤) : «إذا مات المكفول به ، ففي
 انقطاع طلب الإحضار عن الكفيل وجهان : أحدهما : لا ينقطع ، بل عليه إحضاره ما لم
 يدفن إذا أراد المكفول له إقامة البيِّنة على صورته ، كما لو تكفل ابتداء ببدن الميِّت ،
 والثاني : ينقطع» .

[١٣١] [الفرع] الثاني عشر : [إذا تكفل ببدن إنسان بشرط الخيار]

إذا تكفل إنسان ~~✕~~ ببدن إنسان بشرط الخيار، فالكفالة / فاسدة عندنا. (٢)

وعند أبي حنيفة (رحمه الله) ~~✕~~ : يفسد الشرط ، وتصح الكفالة. (٤)

انظر : الحاوي الكبير ٤٦٦/٦ ، بحر المذهب ١١٣/٨ ، حلية العلماء ٧٦/٥ ، التهذيب ١٨٩/٤ ، فتح العزيز ٣٧٨/١٠ ، روضة الطالبين ٢٥٨/٤ ، مغني المحتاج ٢٠٨/٣ - ٢٠٩ ، نهاية المحتاج ومعه حاشية الشيرازي ٤٤٨/٤ .

ساقط من : (م) . ~~✕~~

(٢) هذا إذا شرط الضامن أو الكفيل الخيار لنفسه، فإنه لم يصح الضمان أو الكفالة؛ لأنه ينافي مقصود الضمان والكفالة ولا حاجة إليه، فإن الضامن أو الكفيل على يقين من الغرر؛ ولأنه عقد لا يجوز فيه شرط الخيار، فإذا شرط فيه الخيار، أبطله، كالصرف. أما إذا شرط الخيار للمضمون له أو المكفول له (للمستحق)، فإنه يصح، ولم يضر؛ لأن الخيرة في الإبراء والمطالبة إليه أبداً.

انظر : الشامل (ج٣/ل١٩٥/ب)، (ج٣/ل١٩٦/أ)، بحر المذهب ١١٣/٨ ، الوجيز ٣٥٥/١ ، حلية العلماء ٧٧/٥ ، التهذيب ١٩١/٤ ، البيان ٣٤٦/٦ ، فتح العزيز ٣٨٠/١٠ ، روضة الطالبين ٢٦٠/٤ ، أسنى المطالب ٢٤٥/٢ ، مغني المحتاج ٢١٣/٣ .

ساقط من : (م) . ~~✕~~

(٤) قال ابن عابدين - رحمه الله - في رد المحتار (٣٠٧/٥) : «ولكن وقع في كثير من الكتب أنه يطل التعليق وتصح الكفالة ويلزم المال حالاً، منها: حاشية الهداية للخبازي، وغاية البيان، وكذا الكفاية للبيهقي...، وكذا في شرح العيون لأبي الليث، والمختار، ووقع اختلاف في نسخ الهداية ونسخ الكنز... والأولى: اتباع ما مشى عليه جمهور شراح

ودليلنا : ما لا يجوز شرط الخيار فيه يفسد بشرط الخيار ، كالصَّرْف
والسَّلَم^(١) ، فأما إذا أقرَّ بأنه تكفَّل^(٢) بشرط الخيار ، فالحكم / فيه كالحكم فيما
لو قال : لفلان عليّ ألف من ثمن خمر أو خنزير^(٣) ، وسنذكره^(٤) في «الإقرار» . [م/٢٥]

[١٣٢١] [الفرع] الثالث عشر : [إذا تكفَّل بيدن رجل مجهول، أو أحد

الرجلين]

إذا تكفَّل بيدن رجل مجهول، لا يصح، وإذا تكفَّل بيدن أحد الرجلين، لا

الهداية، وشراح الكنز، وغيرهم، تبعاً للمبسوط والخانية من بطلان الكفالة» .

وانظر : بدائع الصنائع ٣/٦ - ٥ ، الهداية ١٨٣/٧ - ١٨٥ ، الاختيار ١٧١/٢ ، فتح
القدير ١٨٣/٧ - ١٨٥ ، مجمع الأنهر ١٣٠/٢ - ١٣٢ ، اللباب ١٠٥/٢ .

(١) انظر : مراجع الشافعية السابقة .

(٢) في ~~(م)~~ كنفيل .

قال أبو المحاسن الروياني - رحمه الله - في بحر المذهب (١١٣/٨) : «لو قال : تكفَّلْتُ بشرط
الخيار، وأنكر المكفول له شرط الخيار، قال في "الأم" والمواهب : فيه قولان، أحدهما :
يسقط إقراره؛ لأن الإقرار لا يتبعُض، وقد وصل إقراره بما يبطله .

والثاني : لا يسقط إقراره، فتصح الكفالة، ويبطل قوله بشرط الخيار؛ لأن الحكم لزمه بأوّل
قوله، فإذا وصله بما يسقطه، سقط الأخير وبقي الأوّل» .

قال الإمام المزني - رحمه الله - في مختصره (٢١٣/٨) : «قوله الذي لم يختلف : أن الإقرار
واحد» .

وانظر : الأم ٢٣٤/٣ - ٢٣٥ ، ٢٤٢/٦ ، الشامل (ج ٣/١٩٦/أ) ، التهذيب ١٩٢/٤ ،
البيان ٣٤٦/٦ ، فتح العزيز ٣٨٤/١٠ ، روضة الطالبين ٢٦٣/٤ ، أسنى المطالب ٢٤٥/٢ ،

مغني المحتاج ٢١٤/٣ .

في (م) : وسيدكر .

يصح ؛ كما ~~✗~~ ذكرنا في ضمان الدَّيُون^(٦) . وهكذا لو قال : تَكْفَلْتُ لَكَ ~~✗~~ بيدن زيد على أني ~~✗~~ إن سلَّمته إليك، وإلا فأنا كفيل بيدن عمرو ، لم تصح الكفالة ؛ لأنه لم ~~✗~~ يتكفل بيدن واحد بِعَيْنِهِ ، ومثله في الدَّيْن لو قال : تَكْفَلْتُ بالدَّيْن الذي لك على زيد، بشرط أني إن لم أقدر على قضاائه ~~✗~~ ، فأنا كفيل بيدن عمرو.^(٧)

[١٣٣] [الفرع] الرابع عشر : [إذا تكفل جماعة بيدن رجل بِعَيْنِهِ]

- ~~✗~~ في (ج) : لما .
- (٢) قال الإمام النووي - رحمه الله - في روضة الطالبين (٢٥٤/٤) : «يشترط كون المكفول بيدنه مُعَيَّنًا، فلو قال: كَفَلْتُ بَدَنَ أَحَدٍ هَذَيْنِ، لم يصح، كما لو ضمن أحد الدَّيْنَيْنِ» .
وانظر : الحاوي الكبير ٤٦٤/٦، الشامل (ج٣/ل١٩٦/أ)، بحر المذهب ١٠٥/٨، التهذيب ١٩١/٤، فتح العزيز ٣٧٥/١٠، أسنى المطالب ٢٤٢/٢.
- ~~✗~~ ساقط من : (ج) .
- ~~✗~~ في (م) : أني .
- ~~✗~~ ساقط من : (م) .
- ~~✗~~ في (م) : قضاؤه .
- (٧) قال الإمام الرافعي - رحمه الله - في فتح العزيز (٣٧٤/١٠) : «ولو قال: تَكْفَلْتُ بيدن زيد، فإن جئتكَ به، وإلا فأنا كفيل بيدن عمرو، لم يجز، أما كفالة زيد، فلا أنه لم يلتزمها، وكأنه قال: كَفَلْتُ بيدن هذا أو ذاك، وأما كفالة عمرو، فبناء على أنها معلقه» . ولا يجوز تعليق الكفالة بالشرط.
- انظر : الشامل (ج٣/ل١٩٦/أ)، بحر المذهب ١١٤/٨، التهذيب ١٩١/٤، البيان ٣٤٦/٦، روضة الطالبين ٢٦٣/٤، أسنى المطالب ٢٤٥/٢، مغني المحتاج ٢١٤/٣، نهاية المحتاج ومعه حاشية الشبرايمليسي ٤٥٧/٤.

إذا تكفل جماعة (بيدن رجل بعينه صح) ❌ ، سواء تكفلوا به في وقت واحد (أو أوقات مختلفة) ❌ ؛ (كما لو ضمنوا الدَّين عن رجل واحد) ❌ ، فلو ❌ ردَّه أحدهم إلى المكفول له، هل يبرأ ❌ بقيَّة الكفلاء عن الكفالة أم لا ؟ ؟

حكى عن ❌ المُنْزِي أنه قال^(٧) : تحصل البراءة في حقِّ الكلِّ ؛ كما لو قضى أحد الضمَّناء الدَّين عن المضمون عنه^(٨) . وعامَّة أصحابنا قالوا : لا

❌ في (م) : بيدن واحد صحت الكفالة .

❌ في (م) : أم لا .

❌ ساقط من : (م) .

❌ في (ج) : ولو .

❌ في (م) : يبرئ .

❌ ساقط من : (ج) .

(٧) نَسَبَهُ إلى المُنْزِي - رحمه الله - كلُّ من : ابن الصباغ، وأبي المحاسن الروياني، والغزالي، وأبي بكر الشاشي، والعمراني، والرافعي، والنووي - رحمهم الله -، وهو اختيار أبي إسحاق الشيرازي - رحمه الله -، حيث قال في المهذب (٣٤٤/١) : «وعندي: أنه يبرأ؛ لأنَّ المُسْتَحَقَّ إحضاره، وقد حصل، فَبَرَأَ، كما لو ضمن رجلان دَيْنًا فأدَّاه أحدهما، ويخالف الإبراء، فإنَّ الإبراء مخالف للأداء، والدليل عليه: أن في ضمان المال لو أبرئ أحد الضامنين لم يبرأ الآخر، ولو أدَّى أحد الضامنين برئ».

انظر : الحاوي الكبير ٤٦٧/٦، الشامل (ج ٣/ل ١٩٦/أ)، بحر المذهب ١١١/٨، الوسيط ٢٤٢/٣، حلية العلماء ٧٥/٥، التهذيب ١٩١/٤، البيان ٣٥٢/٦، فتح العزيز ٣٧٧/١٠، روضة الطالبين ٢٥٧/٤، المطلب العالي (ج ١٠/ل ١٧٤/أ - ب)، مغني المحتاج ٢١٠/٣، نهاية المحتاج ٤٥٠/٤.

(٨) قال أبو المحاسن الروياني - رحمه الله - في بحر المذهب (١١١/٨) : «وهذا غلط؛ لأنَّ الحقَّ باقي على المكفول به، فلا يسقط به حقُّ الوثيقة عن الكفيل الآخر من غير أن يوجد منه

تحصل البراءة في حق الباقيين^(١)؛ لأن الكفالة (نوع وثيقة، والحق الذي وقعت الكفالة به) ، باق على المكفول ببدنه، وهو الدعوى، ووجوب حضور مجلس الحكم، فلا تسقط الوثيقة؛ كما لو كان عنده رهون، فرد واحد منها وفسخ العقد فيه، (لا يبطل)^(٥) العقد في باقي الرهون، وبه فارق الدّين؛ لأن بقضاء واحد منهم الدّين، تبرأ ذمة المضمون عنه، فتبرأ ذمة الضمنا

الإحضار».

(١) وهو قول : أبي العباس بن سريج، والشيخ أبي حامد الإسفراييني، والقاضي أبي الطيب، وابن الصباغ، والأكثرين.

انظر : شرح مختصر المزني (ج ٥/ل ١٣٦/أ)، المذهب ٣٤٤/١، الشامل (ج ٣/ل ١٩٦/أ)، بحر المذهب ١١١/٨، الوسيط ٢٤٢/٣، حلية العلماء ٧٥/٥، التهذيب ١٩١/٤، البيان ٣٥٢/٦، فتح العزيز ٣٧٧/١٠، روضة الطالبين ٢٥٧/٤، المطلب العالي (ج ١٠/ل ١٧٤/ب)، أسنى المطالب ٢٤٣/٢، مغني المحتاج ٢١٠/٣، نهاية المحتاج ٤٥٠/٤.

هذه العبارة تكررت في النسخة (م) فقط .

في (م) : باقي .

في (م) : فهو .

(٥) ~~في (م) : لا يبطل العقد في باقي الرهون، وبه فارق الدّين؛ لأن بقضاء واحد منهم الدّين، تبرأ ذمة المضمون عنه، فتبرأ ذمة الضمنا~~

الصباغ في الشامل (ج ٣/ل ١٩٦/أ): «فهو كما لو كان بالحق رهن فافتك أحدهم مع بقاء الحق، لم ينفك الآخرين».

في (م) : تبرى .

في (م) : فيبرى .

وحكى □ القاضي حسين . رحمه الله . أنه : إذا (كان قد) ✕ تكفلوا دفعة واحدة ، وأحضره أحد الكفلاء وقال : أسلمه إليك عن ✕ نفسي وأصحابي ، تحصل البراءة في حق الكل ؛ لأن العقد عقد واحد ، فلا يقتضي ✕ التسليم إلا إلا مرة واحدة .

وأما ✕ إذا كان قد تكفل / كل واحد منهم بانفراده ، فلا تحصل البراءة في [٢٥/ب/م] في حق الباقيين ؛ لأن كل واحد يقتضي تسليماً واحداً ، وأما ✕ إذا قال : سلّمْتُ إليك ✕ من جهة نفسي ، فلا تحصل البراءة في حق الباقيين .^(٧)

✕ ساقط من : (ج) .

✕ في (م) : من .

✕ في (م) : فلا يقضي .

✕ في (م) : فأما .

✕ في (م) : فأما .

✕ في (م) : إليه .

(٧) قال الإمام البغوي - رحمه الله - في التهذيب (٤/١٩١) : «ولو تكفل اثنان لرجل بيد رجل، نظر: إن تكفلاً على الترتيب، فجاء به أحدهما، وسلّمه إليه، يقع تسليمه عن نفسه، لا عن صاحبه، سواء قال: سلّمْتُ عن صاحبي أو لم يقل، أما إذا تكفلاً معاً، فجاء به أحدهما، وسلّمه إليه، فوجهان:

أحدهما: يبرأ من كفالته، ولا يبرأ الآخر، كما لو أبرأ أحدهما، لا يبرأ الآخر.

والثاني : يبرأ الآخر؛ لأن المستحق عليهما إحضاره، وقد وجد، كما لو ضمن رجلان دَيناً، فأدّى أحدهما، يبرأ الآخر».

ونقل مثل هذا عن الإمام البغوي كل من الإمام الرافعي في فتح العزيز (١٠/٣٧٧)، والإمام النووي في روضة الطالبين (٤/٢٥٧)، وانظر: المطلب العالي (ج ١٠/ل ١٧٤/ب).

وحقيقة هذه / الطريقة : إذا قصد تسليمه عن نفسه وأصحابه، فكأنه

[٢٣/ب/ج]

تبرّع بالتسليم من جهتهم ، وقد وجب عليه التسليم عن نفسه بكونه
كفيلاً، فيصير كما لو تبرّع أجنبي بإحضاره وقال : أحضرتُ عن فلان،
فَتَسَلَّمَهُ ، تحصل البراءة في حق الكفيل . فإذا قلنا بطريقة عامة أصحابنا،
فلو أن كل واحد من الكفلاء تكفل ببدن أصحابه ، ثم إن أحدهم أحضر
المكفول ببده برئ عن الكفالة الأولى ، وبرئ أصحابه عن كفالتهم ببده؛ لأنه
حصل مُسَلِّماً نفسه، ويبقى مطالباً بكفالاته ببدن أصحابه ، ويبقى على
أصحابه المطالبة بإحضاره المكفول ببده .^(٨)

[١٣٤] [الفرع] الخامس عشر : [إذا تكفل ببدن الكفيل، وآخر ببدن

كفيل الكفيل، وهكذا]:

❌ في (م) : على .

❌ في (م) : تبرّع .

❌ في (م) : من .

❌ في (م) : يعتبر .

❌ في (م) : فقال .

❌ في (م) : فسَلَّمَهُ .

❌ في (م) : يري .

(٨) انظر : بحر المذهب ١١١/٨، التهذيب ١٩١/٤، البيان ٣٥٢/٩، فتح العزيز ٣٧٧/١٠،

روضة الطالبين ٢٥٧/٤، أسنى المطالب ٢٤٣/٢، مغني المحتاج ٢١٠/٣، حاشية قليوبي

٤١٠/٢ .

إذا تكفَّلَ إنسان ببدن آخر ، وجاء ثانٍ ~~✗~~ وتكفَّلَ (ببدن الكفيل) ~~✗~~ ،
 (وثالثٌ فتكفَّلَ ببدن كفيل الكفيل) ~~✗~~ ، فكلُّ الكفالة صحيحة ^(٤) ، والحكم
 على ما ذكرنا في الضمان . ^(٥)

[١٣٥] [الفرع] السادس عشر : [إذا تكفَّلَ ببدن رجل لنفسين]:

إذا ادعى إنسان على إنسان حقاً ، ثم جاء إنسان ~~✗~~ وتكفَّلَ ببدنه لهما ،
 لهما ، ثم إنه ردَّه على أحدهما ، لم يبرأ ~~✗~~ عن كفالة الآخر؛ لأن العقد مع اثنتين
 اثنتين بمنزلة عقدين ، فحصل كفيلاً ببدنه لكل واحدٍ منهما . ^(٨)

~~✗~~ في (م) : ثاني .

~~✗~~ في (م) : ببدن كفيل الكفيل .

~~✗~~ ساقط من : (م) .

(٤) قال الإمام النووي - رحمه الله - في روضة الطالبين (٢٥٩/٤) : «لو تكفَّلَ ببدن الكفيل
 كفيل، ثم كفيل، ثم كذلك آخرون بلا حصر، جاز؛ لأنه تكفَّلَ بمن عليه حقٌّ لازم، وقياساً
 على ضمان المال، ثم إذا برئ واحد برئ من بعده دون من قبله».

وانظر : الحاوي الكبير ٤٦٧/٦ ، الشامل (ج٣/١٩٦/أ) ، بحر المذهب ١١١/٨ ،
 الوسيط ٢٤٢/٣ ، الوجيز ٣٥٥/١ ، التهذيب ١٩١/٤ ، البيان ٣٥٤/٦ ، فتح العزيز
 ٣٧٩/١٠ ، النجم الوهاج ٥٠٢/٤ ، الاعتناء في الفروق والاستثناء (م/١١١/ب) .

(٥) كما سبق بيانه في مسألة الفرع رقم (٥٧) ، في صفحة (٢٨٧) .

~~✗~~ في (م) : رجل .

~~✗~~ في (م) : يبرأ .

(٨) قال الإمام البغوي - رحمه الله - في التهذيب (١٩١/٤) : «ولو تكفَّلَ ببدن رجل لنفسين ،
 فسَلَّمَهُ إلى أحدهما ، فبرأ عن حَقِّه ، ولا يبرأ عن حَقِّ الآخر؛ لأنه ضمن تسليمين ، كما لو
 ضمن دينين لرجلَيْن ، فأدَّى أحدهما ، لا يبرأ عن حق الآخر» .

وانظر : الحاوي الكبير ٤٦٧/٦ ، المهذب ٣٤٤/١ ، بحر المذهب ١١١/٨ ، البيان

[١٣٦] [الفرع] السابع عشر : [تَأْقِيْتُ الْكِفَالَةَ بِالْبَدَنِ]:

لو قال: تَكْفُلْتُ بَبَدَنِ فُلَانٍ إِلَى عَشْرَةِ أَيَّامٍ ، لا تصح الكفالة^(١)؛ كما لو قال : ضَمَنْتُ الدَّيْنَ عَشْرَةَ أَيَّامٍ .

وَحَكَى □ الْقَاضِي^(٢) الْإِمَامَ وَجْهًا آخَرَ : أَنَّهُ تَصَحَّ الْكِفَالَةُ^(٣) ، ثُمَّ إِنْ طَالَبَهُ فِي الْمُدَّةِ يُؤْمَرُ بِالتَّسْلِيمِ ، فَإِنْ ✕ أَخَّرَ الْمَطَالِبَةَ حَتَّى انْقَضَتْ الْمُدَّةُ ، ارْتَفَعَتْ الْمَطَالِبَةُ ✕ .

٣٥٢/٦ ، فتح العزيز ٣٧٧/١٠ ، روضة الطالبين ٢٥٧/٤ ، النجم الوهاج ٥٠٠/٤ ، مغني المحتاج ٢١٠/٣ .

(١) وهو الأظهر والأصح، كضمان المال.

انظر : الوسيط ٢٤٤/٣ ، التهذيب ١٩٠/٤ ، فتح العزيز ٣٨١/١٠ ، منهاج الطالبين ص ٦٣ ، روضة الطالبين ٢٦١/٤ ، النجم الوهاج ٥٠٤/٤ ، إخلاص النواوي ٢٣٧/٢ ، أسنى المطالب ٢٤٥/٢ ، مغني المحتاج ٢١٣/٣ ، نهاية المحتاج ٤٥٦/٤ ، حاشية البجيرمي على الخطيب ١١٩/٣ .

(٢) أي : القاضي حسين ، قال الإمام النووي — رحمه الله — في تهذيب الأسماء واللغات (١٦٤/١): «واعلم أنه متى أطلق القاضي في كتب متأخري الخراسانيين كالنهاية والتممة والتهذيب وكتب الغزالي، فالمراد: القاضي حسين، ومتى أطلق القاضي في كتب متوسط العراقيين، فالمراد: القاضي أبو حامد المروزي، ومتى أطلق في كتب الأصول لأصحابها، فالمراد: القاضي أبو بكر الباقلاني المالكي في الفروع، ومتى أطلق في كتب المعتزلة أو كتب أصحابنا الأصوليين حكاية عن المعتزلة، فالمراد به: القاضي الجبائي، والله أعلم».

(٣) انظر : التهذيب ١٩٠/٤ ، فتح العزيز ٣٨١/١٠ ، روضة الطالبين ٢٦١/٤ ، النجم الوهاج ٥٠٤/٤ ، مغني المحتاج ٢١٣/٣ ، شرح جلال الدين المحلي على المنهاج ٤١٢/٢ .

✕ في (م) : وإن .

✕ في (م) : الكفالة .

ووجهه: أن تجوز هذه الكفالة (معدول بها عن القياس ، وتجوز مؤقتاً

أيضاً) على سبيل الرفق ؛ لكون الرفق المطلوب / بغرض الحصول في

المدة^(٣) ، وعلى هذا لو قال : إذا جاء رأس الشهر، فأنا كفيل ببدنه ، (أو

[م/٢٦]

قال : إن لم يحضره فلان فأنا كفيل ببدنه) ، فالمذهب: أنه لا تصح

كفالته ، كما لو ضمن على هذا الوجه، لا يصح.^(٧)

وحكى القاضي (وجهاً آخر) : (أنه يصح)^(١) ؛ لأن الرفق

ساقط من : (ج) .

ساقط من : (ج) .

(٣) وهو تسليمه في هذه المدة، بخلاف المال، فإن المقصود منه الأداء، بدليل أنه يتصور الخروج

عن كفالة البدن من غير تسليم ولا إبراء، بأن يموت المكفول ببدنه، فإذا شرط، كان ذلك

من مقتضى العقد، ولا يخرج عن ضمان المال من غير أداء أو إبراء، وكان ذلك الشرط

خلاف مقتضى الضمان، فعلى هذا: إذا مضت المدة المعينة، يبرأ الكفيل.

انظر : التهذيب ١٩٠/٤، فتح العزيز ٣٨١/١٠، النجم الوهاج ٥٠٤/٤، مغني المحتاج

٢١٣/٣، نهاية المحتاج ٤٥٦/٤.

في (ج) : إذا .

ساقط من : (م) .

في (م) : الكفالة .

==

(٧) وهو الأصح؛ لأنهما عقدان، فلا يقبلان التعليق، كالبيع.

انظر : بحر المذهب ١٠٧/٨، الوسيط ٢٤٤/٣، التهذيب ١٩٠/٤، فتح العزيز

٣٨١/١٠، روضة الطالبين ٢٦٠/٤ - ٢٦١، النجم الوهاج ٥٠٤/٤، أسنى المطالب

٢٤٥/٢، تحفة المحتاج ٢٦٩/٥، مغني المحتاج ٢١٣/٣، نهاية المحتاج ٤٥٦/٤.

ساقط من : (م) .

في (م) : لا يصح . وهذا خطأ . والصحيح ما أثبتته في المتن ، كما في النسخة (ج) .

المطلوب حاصل ؛ فإنه^(١) ربما يكون الدَّيْن مُؤَجَّلاً إلى رأس الشهر ، فلا ❶ يقدر على المطالبة إلا عند رأس الشهر ، أو كان الشهود غائبين، فيحضرون في ذلك الوقت ، فيستفيد بكفالاته رفقا ، (هذا إذا أتى به) ❷ قبل مجيء رأس الشهر ، كما لو أتى بالدَّيْن قبل محله ، وقد ذكرناه ❸ .

[١٣٧] [الفرع] الثامن عشر : [إذا تكفل بجزء من أجزاء الجسم التي

لا تعيش النفس بدونها] :

(إذا قال : تكفَّلْتُ برأس فلان) ❶ ، أو برقبته ، أو بظهره ❷ أو / بطنه ، [٢٤/ج] أو كبده ، أو فؤاده ، وما جانس ذلك من الأجزاء التي لا تعيش النفس بدونها ❸

- (١) لأن القبول لا يشترط فيهما، فجاز تعليقهما، كالطلاق.
وهناك وجه ثالث: أنه يمتنع تعليق الضمان دون الكفالة؛ لأن الكفالة مبنية على الحاجة.
انظر : الوسيط ٢٤٤/٣ ، التهذيب ١٩٠/٤ ، فتح العزيز ٣٨٠/١٠ - ٣٨١ ، روضة الطالبين ٢٦٠/٤ - ٢٦١ ، النجم الوهاج ٥٠٤/٤ ، شرح جلال الدين المحلي مع حاشية قليوبي ٤١٢/٢ ، مغني المحتاج ٢١٣/٣ ، نهاية المحتاج ٤٥٦/٤ .
- ❶ في (ج) : لأنه .
❷ في (ج) : ولا .
❸ ساقط من : (م) .
❶ في (م) : وقد ذكر .
❶ في (ج) : إذا تكفل برأس إنسان . والأنسب لسياق الكلام اللَّاحِق هو ما أثبتته في المتن ، كما في النسخة (م) .
❶ في (ج) : ظهره .
❶ في (م) : دونها .

. ذكر ابن سريج : أن الكفالة صحيحة^(١) . وكذلك إذا قال : تكفّلْتُ بنصف بدن فلان، أو ثلثه، أو ريعه .

ووجهه : أنه لا يمكن إحضار ما تكفّل به إلا بإحضار الكلّ ، فكانت الكفالة بذلك ✕ كالكفالة بجميع البدن.^(٣)

وذكر الشيخ أبو حامد^(٤) : أنه إذا تكفّل ببعض الأعضاء، لا تصح

(١) وهو الأصح.

انظر : شرح مختصر المزني (ج ٥/ل ١٣٦/ب)، الحاوي الكبير ٦/٤٦٤ - ٤٦٥، المذهب ١/٣٤٣، بحر المذهب ٨/١١٤، الوجيز ١/٣٥٥، حلية العلماء ٥/٧٤، التهذيب ٤/١٩٢، البيان ٦/٣٤٩ - ٣٥٠، فتح العزيز ١٠/٣٨٣، روضة الطالبين ٤/٢٦٢، أسنى المطالب مع حاشية الرملي ٢/٢٤٦، مغني المحتاج ٣/٢١٣.

✕ في (م) : لذلك .

(٣) انظر : شرح مختصر المزني (ج ٥/ل ١٣٦/ب)، الحاوي الكبير ٦/٤٦٤ - ٤٦٥، بحر المذهب ٨/١١٤، الوسيط ٣/٢٤٦، التهذيب ٤/١٩٢، البيان ٦/٣٤٩ - ٣٥٠، فتح العزيز ١٠/٣٨٣، روضة الطالبين ٤/٢٦٢، الأنوار لأعمال الأبرار ١/٤٦٧، حاشية الباجوري على ابن قاسم ١/٣٨٢، النجم الوهاج ٤/٥٠٣، فتح الجواد ١/٤٩٩.

(٤) الشيخ أبو حامد : هو أحمد بن محمد بن أبي طاهر، المعروف بالإسفرائيني، ولد سنة (٣٤٤) هـ، حافظ المذهب وإمامه وشيخه ببغداد في عصره، إمام وشيخ طريقة العراقيين، درس على ابن المرزبان والداركي، وحدث عن: أبي بكر الإسماعيلي، وأبي الحسين الدار قطني وغيرهم، صنّف كتباً عديدة، منها: «التعليقة في شرح مختصر المزني»، «كتاب في أصول الفقه»، «الرواق في الفقه»، «البستان في النوادر والغرائب»، وغيرها، وسمّي بالإسفرائيني: نسبة إلى أسفرين، بلدة بخراسان، بنواحي نيسابور، على منتصف الطريق إلى جرجان. توفي سنة (٤٠٦) هـ.

انظر : شذرات الذهب ٣/١٧٨، تاريخ بغداد ٤/٣٦٨، طبقات الفقهاء، للشيرازي

الكفالة ؛ لأن الكفالة غير مبنية على السراية^(١) والتغليب ، فإذا سُمي فيها عضواً ، لم تصح ، كالبيع والإجارة والوصية^(٢) ، وأما إذا التزم (بكفالة

ص ١٢٣ - ١٢٤ ، تهذيب الأسماء واللغات ٤٩٤/٢ ، طبقات الشافعية الكبرى □ ، للسبكي ٦١/٤ ، المنتظم ٢٧٧/٧ ، طبقات الفقهاء الشافعية ، لابن الصلاح ٣٧٣/١ ، طبقات الشافعية ، لابن هداية الله ص ١٢٧ ، طبقات الشافعية ، لابن قاضي شهبة ١٧٢/١ ، البداية والنهاية ٢/١٢ ، وفيات الأعيان ٧٢/١ .

(١) السراية : في اللغة : اسم للسِّر في اللَّيْل ، يقال : سَرَيْتُ بِاللَّيْلِ ، وَسَرَيْتُ اللَّيْلَ سَرِيًّا ، إِذَا قَطَعْتُهُ بِالسَّرِّ ، وَالاسْم : سِرِّيَّة ، وَقَدْ تَسْتَعْمَلُ فِي الْمَعَانِي تَشْبِيهًا لَهَا بِالْأَجْسَامِ ، فَيُقَالُ : سَرَى □ فِيهِ السُّمُّ وَالْخَمْرُ ، وَيُقَالُ فِي الْإِنْسَانِ : سَرَى □ فِيهِ عِرْقُ السُّوءِ .
ومن هذا القبيل قول الفقهاء : سَرَى □ الْجُرْحُ مِنَ الْعَضْوِ إِلَى النَّفْسِ ، أَي : دَامَ أَلَمُهُ حَتَّى حَدَثَ مِنْهُ الْمَوْتُ ، وَقَوْلُهُمْ : قَطَعَ كَفَّهُ فَسَرَى □ إِلَى سَاعِدِهِ ، أَي : تَعَدَّى □ أَثَرُ الْجُرْحِ إِلَيْهِ ، كَمَا يُقَالُ : سَرَى □ التَّحْرِيمُ مِنَ الْأَصْلِ إِلَى فُرُوعِهِ ، وَسَرَى □ الْعِتْقُ ، وَهَذَا هُوَ الْمَعْنَى الْمُرَادُ هُنَا ، فَالسَّرَايَةُ : هِيَ التَّفُؤُذُ فِي الْمُضَافِ إِلَيْهِ ، ثُمَّ التَّعَدِّي إِلَى بَاقِيهِ .

انظر : لسان العرب ٣٨٢/١٤ ، مختار الصحاح ص ١٢٥ ، القاموس المحيط ص ١٦٦٩ ، طلبة الطلبة ص ٣٤ ، المصباح المنير ص ٢٧٥ ، النهاية في غريب الحديث والأثر ٣٦٤/٢ ، المعجم الوسيط ٤٢٨/١ ، الموسوعة الفقهية ٢٨٤/٢٤ ، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية ٢٦٠/٢ .

(٢) الوصية : في اللغة : الإيصال ، من وَصَّى □ الشَّيْءَ بِكَذَا ، وَصَلَهُ بِهِ ؛ لِأَنَّ الْمُوصِي وَصَلَ خَيْرَ دُنْيَاهُ بِخَيْرِ عُقْبَاهُ ، وَيُقَالُ : فَلَانٌ اسْتَوْصَى □ مِنْ فَلَانٍ ، إِذَا قِيلَ وَصِيَّتُهُ ، وَأَوْصَى □ إِلَيْهِ : إِذَا جَعَلَهُ وَصِيًّا .

وشرعاً : تَبَرُّعٌ بِحَقِّ مُضَافٍ وَلَوْ تَقْدِيرًا لَمَّا بَعْدَ الْمَوْتِ ، وَلَيْسَ التَّبَرُّعُ بِتَبْدِيرٍ وَلَا تَعْلِيْقٍ عَتَقٍ ، وَإِنْ التَّحَقَّقَ بِهَا حُكْمًا ، كَالْتَبَرُّعِ الْمُنْجَزِ فِي مَرَضِ الْمَوْتِ أَوْ الْمُلْحَقِ بِهِ .

انظر : لسان العرب ٣٩٤/١٥ ، مختار الصحاح ص ٣٠٢ ، طلبة الطلبة ص ١٦٩ ، المصباح المنير ص ٦٦٢ ، التعريفات ص ٣٢٦ ، تحرير ألفاظ التنبيه ص ٢٤٠ - ٢٤١ ، أنيس الفقهاء ص ٢٩٧ - ٢٩٨ ، التوقيف ص ٧٢٧ ، أسنى المطالب ٢٩/٣ ، مغني المحتاج ٦٦/٤ ، فتح

جزء شائع (❖) مثل: (النصف والثلث والرابع) ❖ فالكفالة صحيحة ؛ (لأنه يصح) ❖ إضافة سائر التصرفات إليها .^(٦)

[١٣٨] فرع ❖ على طريقة ابن سريج : [إذا تكفل بجزء من أجزاء الجسم التي تعيش النفس بدونها]:

الوهاب ومعه حاشية البجيرمي ٢٦٦/٣ - ٢٦٧ ، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية ٤٨٣/٣ - ٤٨٤ .

(١) وهو -أيضاً- قول : القاضي أبي الطيب ، واختاره ابن الصباغ -رحمهم الله- .
انظر : شرح مختصر المزني (ج٥/١٣٦ب) ، المذهب ٣٤٣/١ ، الشامل (ج٣/١٩٦ب) ، بحر المذهب ١١٤/٨ ، الوسيط ٢٤٦/٣ ، حلية العلماء ٧٤/٥ ، التهذيب ١٩٢/١ ، البيان ٣٤٩/٦ - ٣٥٠ ، فتح العزيز ٣٨٣/١٠ ، روضة الطالبين ٢٦٢/٤ .

❖ في (م) : فأما .

❖ في (م) : بالكفالة جزءاً شائعاً .

❖ في (ج) : الثلث والنصف والرابع . و ما أثبتته في المتن لعلّه الأنسب من حيث الترتيب في العَدِّ والتدرُّج الصحيح . وكما هو مثبت في النسخة (م) .

❖ في (م) : لأنه لا يصح . وهذا خطأ . والصحيح ما أثبتته في المتن ، كما في النسخة (ج) .

(٦) ولأنه لا يمكنه إحضار ذلك إلا بإحضار الكلّ .

قال الإمام الماوردي -رحمه الله- في الحاوي الكبير (٤٦٥/٦) : «فأما إذا قال: كفلتُ لك بنصف فلان، أو بثلث فلان، أو بجزء منه، صحَّتْ الكفالة؛ لأن الجزء الشائع فيه، لا ينفصل منه، فكان أقوى في الحكم من أعضائه» .

وانظر -أيضاً- المراجع السابقة .

❖ في (م) : فروع .

إذا تكفل بيده، أو (برجله، أو بأصبعه، وما جانسها) ❌ من الأعضاء التي تعيش النفس بدونها ، هل تصح الكفالة أم لا ؟ فعلى وجهين :^(١)

أحدهما : لا تصح ؛ لأن البدن ينفرد عنها .^(٢)

== والثاني : تصح ؛ لأنه لا يمكن إحضار ذلك العضو بصفته ❌ إلا بإحضار الكل^(٣) .

وأصل هذين الوجهين : إذا قال : يدك طالق ، فإن الطلاق / يقع بلا خلاف على المذهب^(٤) ، ويُجَعَل ❌ تسمية اليد عبارة عن جملة البدن ، أو

❌ في (ج) : رجله، أو أصبعه، أو شيء .
(٢) حكاهما عن ابن سريج الإمام الماوردي في الحاوي الكبير (٤٦٥/٦) .
وذكرهما أبو المحاسن الروياني في بحر المذهب (١١٤/٨) ، دون نسبتها لأحد .
(٣) قال الإمام البغوي في التهذيب (١٩٣/٤) : «وهو الأصح» .
وقال الإمام الرافعي في فتح العزيز (٣٨٣/١٠) : «أورده القفال في شرح التلخيص، وقال : إنه الأصح» ؛ ولأنه قد يفقد ذلك العضو الذي عُيِّن في الكفالة، ولا يؤثر في الحق .
وانظر : الحاوي الكبير ٤٦٥/٦ ، المذهب ٣٤٣/١ ، بحر المذهب ١١٤/٨ ، الوسيط ٢٤٦/٣ ، البيان ٣٥٠/٦ ، روضة الطالبين ٢٦٢/٤ ، الأنوار لأعمال الأبرار ٤٦٧/١ ، فتح الجواد ٤٩٩/١ .

❌ في (م) : بصفة .
(٥) قال أبو المحاسن الروياني في بحر المذهب (١١٤/٨) : «وهذا أظهر» ، كالطلاق والعتيق .
وانظر : المراجع السابقة .
(٦) قال الإمام النووي في منهاج الطالبين (ص ١٠٧) : «ولو قال : رُئُك ، أو بَعْضُك ، أو جُزْؤُك ، أو كِبْدُك ، أو شَعْرُك ، أو ظَفْرُك ، طالق ، وقع ، وكذا دمك على المذهب» .
وانظر : المذهب ٨٠/٢ ، روضة الطالبين ٦٣/٤ - ٦٥ ، أسنى المطالب ٢٨٤/٣ ، مغني المحتاج ٤٧٤/٤ ، نهاية المحتاج ٤٤٨/٦ .

❌ في (م) : ويحتمل .

يحكم بالوقوع عليها، ثم يسري، فيه طريقان لأصحابنا ، فإن قلنا : يُجْعَل اليد عبارة عن جملة البدن ، تصح الكفالة . وإن قلنا : يقع الطلاق (ثم يسري) ، فلا تصح الكفالة ؛ لأنها غير مبنية على التغليب والسراية .^(٣)

[١٣٩] [الفرع] التاسع عشر : [إذا أبرأ المدعي المكفول ببذنه مما

ادّعى عليه، أو وفّاه الحق]

إذا تكفل ببدن إنسان ، ثم إن المدعي أبرأ المكفول ببذنه مما ادّعى عليه، سقطت الكفالة^(٥) ، وإن وفّاه الحق سقطت الكفالة ، وإن أبرأ الكفيل

✗ في (م) : فإن .

✗ في (م) : ثم لم يسر .

(٣) قال الإمام النووي في روضة الطالبين (٦٥/٨) : «إذا أضاف الطلاق إلى جزء، أو عضو مُعَيَّن، ففي كيفية وقوع الطلاق وجهان:

أحدهما : يقع على المضاف إليه، ثم يسري إلى باقي البدن، كما يسري العتق.

والثاني : يُجْعَلُ المضاف إليه عبارة عن الجملة؛ لأنه لا يُتَصَوَّرُ الطلاق في المضاف إليه وحده، بخلاف العتق؛ ولأنه لو قال: أَنْتَ طالق نصف طلبة، جعل ذلك عبارة عن طلبة، ولا يقال: يقع نصف طلبة ثم يسري، ويشبه أن يكون الأول هو الأصح».

وانظر أيضاً- : المهذب ٣٤٣/١، بحر المذهب ١١٤/٨، الوسيط ٢٤٦/٣، التهذيب

١٩٢/٤، البيان ٣٥٠/٦، فتح العزيز ٣٨٣/١٠، روضة الطالبين ٢٦٢/٤.

✗ في (م) : عمّا .

(٥) قال العمراني في البيان (٣٥٢/٦) : «وإن أبرأ المكفول له المكفول به من الحق، برئ

المكفول به، وبرئ الكفيل؛ لأنه فرع له، فإذا برئ الأصل، برئ الفرع، وإن أبرأ الكفيل،

برئ الكفيل، ولم يبرأ المكفول به، كما قلنا في المضمون له إذا أبرأ الضامن».

~~الكفيل~~، أو اعترف بأنه ~~برئ~~ إلى من الكفالة، أو ردَّ الخصم إلى ~~ي~~، يُحْكَم ببراءته، كما في الكفالة بالمال ~~سواء~~ (٥).

[١٤٠] [الفرع] العشرون : [إذا قال: تكفلت بيدن فلان على أن يبرأ

فلان من كفالاته]

إذا تكفل بيدن إنسان، وجاء آخر وقال: تكفّلْتُ بيدن فلان على أن يبرأ ~~فلان~~ من كفالاته، أو ~~على~~ أن أُبرِّئَه ~~من~~ الكفالة، فالمذهب: أن

==

أي: أن الضامن يبرأ عن الضمان.

وانظر: المذهب ٣٤٤/١، بحر المذهب ١١٢/٨، التهذيب ١٩٠/٤، البيان ٣٥٢/٦ - ٣٥٣، روضة الطالبين ٢٥٧/٤.

~~(م)~~ في (م): الوكيل.

~~(ج)~~ في (ج): أنه.

~~(ج)~~ في (ج): إليه.

~~(م)~~ ساقط من: (م).

(٥) قال أبو المحاسن الروياني في بحر المذهب (١١٢/٨): «لو قال المكفول له للكفيل: أبرأئك من الكفالة، أو قد برئت إليّ منها، أو قد ردّذته إليّ، برئ الكفيل بكلّ هذا».

وانظر: المذهب ٣٤٤/١، التهذيب ١١٢/٨، البيان ٣٥٢/٦ - ٣٥٣، روضة الطالبين ٢٥٧/٤.

~~(م)~~ في (م): يبرئ.

~~(م)~~ في (م): و.

~~(م)~~ في (م): يبريه.

الكفالة فاسدة^(١)؛ لأنه شرط عليه في الكفالة إسقاط حق له ، فلا يلزمه / [٢٤/ب/ج]
إسقاط حقه ، وإذا لم يلزمه الوفاء بالشرط، كان ذلك شرطاً فاسداً ، فبطلت
فبطلت الكفالة .

وحكى عن ابن سريج وجه آخر : أنه تصح الكفالة^(٤) ؛ لأن غرضه
بذلك أن ينتقل الحق منه إلى نفسه ، وليس بظاهر .

(١) وهو قول الأكثرين ، وبه قال: الشيخ أبو حامد، والقاضي أبو الطيب الطبري، فلا تصح
الكفالة الثانية، ولا يبرأ الأول، لأن الكفالة والضمان لا تحوّل الحق، فكفالة الثاني لا تبرئ
الأول من كفالته، وإذا لم يبرأ الأول، فلم يتكفل له الثاني إلا بهذا الشرط، وإذا لم يصح
الشرط، لم تصح الكفالة.

انظر : شرح مختصر المزني (ج٥/ل١٣٥/أ)، المذهب ٣٤٤/١، الشامل
(ج٣/ل١٩٥/ب)، بحر المذهب ١١٤/٨، حلية العلماء ٧٥/٥، التهذيب ١٩٠/٤ -
١٩١، البيان ٣٥٢/٦، فتح العزيز ٣٨٤/١٠، روضة الطالبين ٢٦٣/٤، الاعتناء في
الفروق والاستثناء (م/ل١١١/ب).

في (م) : ولا .

في (م) : صار .

(٤) أي : تصح كفالة الثاني ، ويبرأ الأول؛ لأن الثاني قد حوّل الكفالة إلى نفسه، فبرئ الأول،
كما لو كان له حق، فاحتال به على آخر.

قال ابن الصباغ في الشامل (ج٣/ل١٩٥/ب): «وحكى الشيخ أبو حامد في التعليق
عن أبي العباس أنه قال: تصح الكفالة؛ لأنه طلب تحويل الحق في الكفالة إليه، قال
الشيخ: وفيه نظر».

وانظر : المذهب ٣٤٤/١، بحر المذهب (١١٤/٨)، حلية العلماء ٧٥/٥، التهذيب
١٩٠/٤ - ١٩١، البيان ٣٥٢/٦، فتح العزيز ٣٨٤/١٠، روضة الطالبين ٢٦٣/٤،
الاعتناء في الفروق والاستثناء (م/ل١١١/ب)، (م/ل١١٢/أ).

[١٤١] المسألة^(١) الثانية : [إذا مات المكفول به، فهل يَغْرُمُ الكفيل؟]:

إذا تكفَّل ببدن إنسان بعد ثبوت الدَّيْن عليه ، فالحكم في صحة الكفالة على ما ذكرنا ، فلو ~~✗~~ مات المكفول به ، فهل يغرم الكفيل للمكفول له أم لا ؟

المشهور من المذهب : أنه ~~✗~~ لا يلزمه غرامة ~~✗~~؛ لأنه تكفَّل ببدنه ، فلا ~~✗~~ يلزمه غرامة ~~✗~~ ما تكفَّل به^(٢)؛ كما لو ضمن المسلم فيه فانقطع ، لا

(١) منهج المؤلف عدم ذكر كلمة «المسألة» قبل رقمها كما في النسختين (ج) و (م)، وكذلك في تعداد الفروع، فلعلَّ ذكرها في هذا الموضع من الناسخ .

~~✗~~ في (ج) : ولو .

~~✗~~ في (م) : أن .

~~✗~~ ساقط من : (م) .

~~✗~~ في (ج) : ولا .

~~✗~~ في (م) : غير .

(٧) وهو الأظهر والأصح، وهو مذهب الإمام الشافعي -رحمه الله- وبه قال الحنفية والحنابلة، فبموت المكفول به تسقط الكفالة، ويرأ به الكفيل؛ لأنه تكفَّل ببدنه لا بدَّيْنِه، فلم يلزمه ما عليه من الدَّيْن، كما لو غاب. ويفارق الرهن؛ لأنه علَّق به الدَّيْن، فاستوفى منه، وما هنا لم يتكفَّل إلا بإحضاره، وقد تعدَّر إحضاره بموته، وفي وجهه عند الشافعية: أنه يحضره ما لم يدفن.

انظر : تبين الحقائق ١٤٩/٤، بدائع الصنائع ١٣/٦، الهداية ١٧٠/٧، الاختيار ١٦٨/٢، العناية ١٧٠/٧، فتح القدير ١٧٠/٧، الدر المختار وعليه حاشية ابن عابدين ٢٩٢/٥، مجمع الضمانات ص ٢٦٦، الفتاوى الهندية ٢٥٩/٣، ٢٦٢.

== الحاوي الكبير ٤٦٦/٦، المهذب ٣٤٤/١، التنبيه ص ١٠٧، الشامل (ج ٣/ل ١٩٦/أ)،

يطالب الضامن بردّ رأس المال .

وَحْكِي عن ابن سريج: أنه قال : تلزمه الغرامة^(١) ، وهو مذهب مالك^(٢)

-(رحمه الله)- ❖

==
بحر المذهب ١٠٦/٨ ، الوسيط ٢٤٠/٣ ، حلية العلماء ٧٥/٥ - ٧٦ ، التهذيب ١٨٩/٤ ، البيان ٣٤٥/٦ ، فتح العزيز ٣٧٨/١٠ ، المهمات (ج ٢/ل ٣٥٥/ب) ، أدب القضاء ٣٦٤/٢ ، منهاج الطالبين ص ٦٣ ، روضة الطالبين ٢٥٨/٤ ، أسنى المطالب ٢٤٤/٢ ، مغني المحتاج ٢١١/٣ .

المغني، لابن قدامة ١٠٥/٧ ، المقنع ٧٥/١٣ ، الشرح الكبير ٧٥/١٣ ، العدة في شرح العمدة ٣٧١/١ ، الإنصاف ٧٥/١٣ ، الفروع مع تصحيحه ٢٥١/٤ ، شرح منتهى الإرادات ١٣٢/٢ ، مطالب أولي النهى ٣١٩/٣ ، حاشية الروض المربع، لابن قاسم ١١٢/٥ .

(١) انظر : الحاوي الكبير ٤٦٦/٦ ، المهذب ٣٤٤/١ ، التنبيه ص ١٠٧ ، بحر المذهب ١٠٦/٨ ، حلية العلماء ٧٥/٥ - ٧٦ ، التهذيب ١٨٩/٤ ، البيان ٣٤٥/٦ ، فتح العزيز ٣٧٨/١٠ ، روضة الطالبين ٢٥٨/٤ ، عجالة المحتاج ٨٢١/٢ ، النجم الوهاج ٥٠١/٤ ، مغني المحتاج ٢١١/٣ .

(٢) قال ابن رشد الحفيد -رحمه الله- في بداية المجتهد (٢٢٢/٢) : «فجمهور القائلين بحمالة النفس، متفقون على أن المتحمل عنه إذا مات، لم يلزم الكفيل بالوجه شيء، وحكي عن بعضهم: لزوم ذلك. وفرّق ابن القاسم بين أن يموت الرجل حاضراً، أو غائباً، فقال: إن مات حاضراً، لم يلزم الكفيل شيء، وإن مات غائباً، نظر: فإن كانت المسافة التي بين البلدَيْن مسافة يمكن الحميل فيها إحضاره في الأجل المضروب له في إحضاره، وذلك في نحو اليومين إلى الثلاثة، ففرط، غرم، وإلا لم يغرم».

وانظر : المدونة الكبرى ٩٧/٤ - ٩٨ ، ١٠٠ ، الكافي ٣٩٨/١ ، الذخيرة ٢١٠/٩ ، القوانين الفقهية ص ٢١٤ ، التاج والإكليل ٦٠/٧ - ٦١ ، شرح الخرشي ٣٥/٦ ، حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير ٣٤٥/٣ - ٣٤٦ .

ساقط من : (م) .

❖

ووجهه : أن الكفالة وثيقة ، فإذا تعذر استيفاء الحق ممن عليه ، يستوفى من الوثيقة كالرهن^(٢) ، وليس / بصحيح ؛ لأن الكفالة بيدنه قبل ثبوت الحق [م/٢٧] صحيحة ، ولو كان يلزمه الغرامة ، لما صحت الكفالة قبل ثبوت الحق ، كالرهن لا يصح قبل ثبوت الحق^(٤).

فروع ثلاثة على طريقة أبي العباس :

[١٤٢] [الفرع] الأول : [اشتراط كون الحق الذي في ذمة المكفول

به معلوماً للكفيل]

يجب أن يكون الحق الذي (في ذمة المكفول به) معلوماً للكفيل ،

(٢) ساقط من : (ج) .

(٢) فلو كان موت الكفيل به لا يوجب على الكفيل غُرمًا ، لبطلت فائدة الكفالة . قال الإمام الماوردي في الحاوي الكبير (٤٦٦/٦) : «وهذا خطأ ؛ لأن الحق لم يضمنه والمكفول به قد مات ، فليس يقدر عليه ، ولو جاز إذا كفل بالنفس أن يضمن المال ، لجاز إذا ضمن المال أن يصير كفيلاً ، ولكن كل واحد منهما يختص بحكمه...» .

انظر : الذخيرة ٢١٠/٩ ، التاج والإكليل ٦٠/٧ - ٦١ ، المغني ، لابن قدامة ١٠٥/٧ ، بحر المذهب ١٠٦/٨ ، التهذيب ١٨٩/٤ ، البيان ٣٤٥/٦ ، فتح العزيز ٣٧٨/١٠ ، روضة الطالبين ٢٥٨/٤ .

(٤) في (م) : صحيح .

(٤) انظر : مراجع الحنفية والشافعية والحنابلة السابقة .

(٤) في (م) : أحدها .

(٤) في (م) : على المكفول بيدنه .

حتى إذا كان مجهولاً، لا تصح الكفالة في التزام الغرامة ؛ لأن الكفالة على مال مجهول لا تصح^(١)، وهل تصح بالبدن^(٢) حتى يطالب بإحضاره^(٣)؟ فعلى وجهين^(٤) : بناءً على تفريق الصفقة .

[١٤٣] [الفرع] الثاني: [إذا مات المكفول به، فما الذي يغرمه

[الكفيل؟]

أيش^(٥) الذي يَغْرَم ؟

(١) قال الإمام الماوردي في الخاوي الكبير (٤٦٤/٦): «والشرط الثاني : أن يكون على المكفول به حقٌ يستحق مطالبته به، وهل يلزم أن يكون عارفاً بحقه؟ على وجهين: أحدهما : وهو قول أبي العباس بن سريج: أنه لا تصح الكفالة إلا بعد معرفة الكفيل بقدر ما على المكفول به من الدَّين؛ لأن من مذهبه: أن موت المكفول به، يوجب على الكفيل غرم الدَّين. والثاني : وهو مذهب الشافعي : أن معرفة الكفيل بقدر الدَّين، لا تلزم، وإن جهالته به لا تضر؛ لأن من مذهبه: أن موت المكفول به، لا يوجب على الكفيل غرم الدَّين». انظر : الأم ٢٣٥/٣، ٢٤٢/٦، المهذب ٣٤٣/١، حلية العلماء ٧٢/٥، التهذيب ١٨٩/٤، البيان ٣٤٦/٦، فتح العزيز ٣٧٣/١٠، منهاج الطالبين ص ٦٢، روضة الطالبين ٢٥٣/٤، أسنى المطالب ٢٤١/٢، مغني المحتاج ٢٠٧/٣، تكملة المجموع ، للمطيعي ١٥٨/١٣.

❌ في (م) : البدن .

❌ في (م) : باختياره .

(٤) انظر : المراجع السَّابِقة.

(٥) أيش : يستعملها العامة بمعنى : أي شيء، فيقولون: على أيش فَعَلْتَ كذا؟ ولأيش؟، وقد يسقطون همزها فيقولون: ليش.

فيه وجهان :

أحدهما : الدَّيْن ، بالغاً ما بلغ. (١)

والثاني : يلزمه أقلّ الأمرين، من الدَّيْن، أو بدل نفسه، وهو الدِّية .

وأصل الوجهين : السيد إذا اختار الفداء، والمسألة مشهورة

بالقولين. (٢)

قال أحمد أبو سعد في كتابه: معجم فصيح العامة (ص ٦٣) : «قُلْتُ: وما يستعمله العامة ويقولونه صحيح فصيح، فأيش في اللغة منحوت أي شيء بمعناه، وقد تكلمت به العرب كما في «المعجم الكبير»، واستعمله الشعراء في قصائدهم، ومنه ما نسب الأصفهاني في «الأغاني» للمجنون، وهو قوله:

قالوا: جُنِنْتُ على □ أَيْشٍ فَقُلْتُ هُم ... الحبُّ أعظم ممَّا بالجنانين.

وقد ذكر جلال الحنفي في كتابه : «معجم الألفاظ الكويتية»، أن أقدم استعمال للكلمة جاء في قول أحد الشعراء سنة (١٩٨) هـ ، حين قال:

كَمْ قَتِيلٍ قَدْ رَأَيْنَا ... ما سَأَلْنَاهُ لأَيْشِ .»

وانظر : كتاب الأغاني، لأبي الفرج الأصبهاني ٣٤/٢.

(١) وهو المختار، قال الإمام النووي في روضة الطالبين (٢٥٨/٤): «قُلْتُ: المختار،

المطالبة بالدَّيْن، فإن الدِّية غير مستحقة، بخلاف قيمة العبد».

انظر : بحر المذهب ١٠٧/٨، الوسيط ٢٤٠/٣ - ٢٤١، التهذيب ١٨٩/٤، فتح العزيز ٣٧٨/١٠، عجلة المحتاج ٨٢١/٢، النجم الوهاج ٥٠١/٤.

(٢) قال أبو المحاسن الروياني في بحر المذهب (١٠٧/٨) : «إذا قلنا: يلزمه المال، فهو الذي

نُبت على ذمته، وقال بعض أصحابنا بخراسان: فيه وجهان: أحدهما: هذا، والثاني:

يغرم الأقل من دينه، أو الحق الذي عليه، وهو كالقولين فيمن أراد أن يفدي عبده الجاني،

هل يفدي بأرضٍ جناية بالغاً ما بلغ، أم بالأقل من قيمته، أو أرض جانيته؟».

نصر : مرجع سبقه.

[١٤٤] [الفرع] الثالث : [إذا غاب المكفول به، هل تلزم الغرامة

الكفيل؟

==

إذا غاب هل يلزمه الغرامة أم لا ؟ فيه وجهان :

أحدهما : يلزمه ؛ لأنه تعذر التسليم ، فصار كما لو غاب الرهن يستوفي من الرهن الحق ✕ .

والثاني : لا يلزمه ؛ لأنه ما وقع اليأس ✕ عن تسليمه .^(٣)

[١٤٥] المسألة ✕ الثالثة : [إذا تكفل ببدن إنسان بغير إذنه]

✕ ساقط من : (ج) .

✕ في (م) : الناس .

(٣) وهو الأولي، قال الإمام النووي في روضة الطالبين (٢٥٩/٤) : «لو هرب المكفول به إلى حيث لا يعلم، أو توارى، ففي مطالبة الكفيل بالمال خلاف مرتب على الموت، وأولى□: بأن لا يطالب، إذ لم نأيس من إحضاره».

والفرق : أن هناك - أي : في حالة الموت - وقع اليأس عن وجوده، فلزمه المال، وههنا - أي: في حالة غياب المكفول به - لم يقع اليأس عن وجوده، فلا يلزمه المال.

وانظر : المهذب ٣٤٤/١، التهذيب ١٨٩/٤، فتح العزيز ٣٧٨/١٠، أسنى المطالب ٢٤٣/٢.

✕ ساقط من : (م) .

إذا تكفل ببدن إنسان بغير إذنه، عامّة أصحابنا قالوا : لا تصح

الكفالة. (١)

ووجهه : أن الملتزم بالكفالة تسليم نفسه وإحضاره مجلس الحكم ،

(وإذا كان بغير إذنه، لا يلزمه) ~~✗~~ الحضور معه ؛ لأنه ما / التزم ذلك باختياره. [٢٥/١/ج]

ولهذا لو ضمن عن إنسان مالا بغير إذنه فطُولِبَ بالدين ، ليس له أن يطالب

الضامن ، ولا يمكنه أن ينوب عنه في الخصومة ~~✗~~ ، فكان الوفاء بمقتضى ~~✗~~

الكفالة يتعدّر ~~✗~~ ، فلم يصح (٣) . ويخالف ما لو ضمن مالا (بغير إذن) ~~✗~~

المضمون عنه ؛ لأن هناك لم يتعدّر الوفاء لموجبه، من حيث إنه يمكنه أن يقضي

(١) على الصحيح، وهو ظاهر المذهب، وهو اختيار: ابن أبي أحمد (ابن القاص)، فإن

المقصود بالكفالة بالبدن، إحضار المكفول به عند المطالبة، فإذا كان ذلك بغير إذنه، لم

يلزمه الحضور معه، فلا تفيد الكفالة شيئاً.

انظر : الحاوي الكبير ٤٦٤/٦، المذهب ٣٤٣/١، التنبيه ص ١٠٧، الشامل

(ج ٣/١٩٥ ل/١)، بحر المذهب ١٠٧/٨، الوسيط ٢٤١/٣، حلية العلماء ٧٣/٥،

التهذيب ١٨٩/٤، البيان ٣٤٨/٦، فتح العزيز ٣٧٨/١٠، أدب القضاء ٣٦٥/٢، روضة

الطالبين ٢٥٩/٤، عجالة المحتاج ٨٢١/٢، النجم الوهاج ٥٠٢/٤، مغني المحتاج

٢١١/٣.

~~✗~~ في (م) : سلم .

~~✗~~ في (ج) : فإذا جاز بغير إذنه، لا يلزم .

~~✗~~ في (م) : الحضور .

~~✗~~ في (م) : يقتضي .

~~✗~~ في (م) : فتعدّر .

(٧) انظر : نفس المراجع السابقة.

~~✗~~ في (م) : بخلاف .

الدَّيْن من ماله. (١)

وَحُكِيَ عن ابن سريج أنه قال : تصح الكفالة (٢) ، وشبَّه ذلك : بما لو

رهن ماله (بَدَيْنَ غيره) (٣) / ، أو ضمن عن إنسان مالاً بغير أمره. (٤)

[ج/٢٧/١]

والمسألة في الحقيقة تنبني على التي قبلها (٥) ، وهو أن الكفيل هل يلزمه

(١) وبيانه : أن الفرق بين الكفالة والضمان، هو أن الضمان يوجب غرم مال، يمكن استيفاءه من الضامن دون المضمون عنه، والكفالة توجب تسليم نفس، وذلك لا يمكن إلا بتمكين المكفول به.

قال الإمام البغوي في التهذيب (١٨٩/٤) : «ولا تصح كفالة البدن إلا برضى المكفول بيده؛ لأنه لا يمكن إحضاره إذا تكفل بغير إذنه، ولا تلزمه الخصومة بقوله، بخلاف ضمان المال، لا يشترط فيه رضا المضمون عنه؛ لأن أداء الدَّيْن ممكن من غير حضوره». وانظر : الحاوي الكبير ٤٦٤/٦، الشامل (ج٣/١٩٥/أ)، بحر المذهب ١٠٧/٨، مغني المحتاج ٢١١/٣ - ٢١٢، حاشية الشيرازي ٤٥٢/٤.

(٢) انظر: الحاوي الكبير ٤٦٤/٦، المذهب ٣٤٣/١، التنبيه ص ١٠٧، الشامل (ج٣/١٩٥/أ)، بحر المذهب ١٠٧/٨، حلية العلماء ٧٣/٥، البيان ٣٤٩/٦، فتح العزيز ٣٧٨/١٠، عجالة المحتاج ٨٢١/٢، النجم الوهاج ٥٠٢/٤، مغني المحتاج ٢١١/٣. ساقط من : (ج) .

(٣) في (م) : بدَيْنَ عن غيره . (٤) قال أبو المحاسن الروياني في بحر المذهب (١٠٧/٨) : «وهذا غلط؛ لأنه يوجب تسليم النفس، وذلك لا يمكن إلا بتمكين المكفول به، ولا يلزمه طاعته إذا لم تكن الكفالة بإذنه، وفي المال يمكنه أداء المال، فافترقا».

(٥) قال الإمام الرافعي في فتح العزيز (٣٧٨/١٠) : «والخلاف مبني على أن الكفيل هل يغرم عند العجز؟ إن قلنا: لا، لم تصح؛ لأنه إذا تكفل بغير إذنه، لا يمكنه إحضاره، إذ لا يلزمه الإجابة، فلا تفضي الكفالة إلى مقصودها، وإن قلنا: نعم، صحَّتْ، ويغرم المال عند

غرامة بموت ~~المكفول~~ ببدنه ~~أم لا~~؟^(٣)

فعلى طريقة أصحابنا: لا يلزمه غرامة^(٤)، وليس يمكنه إحضاره، فلا تفيد الكفالة فائدة.

وعلى طريقة ابن سريج: يلزمه الغرامة^(٥)، فتكون ~~في~~ الكفالة فائدة، وهو التزام المال عند تعذر التسليم.

فروع ثلاثة :

[١٤٦] [الفرع الأول]: إذا طالب المكفول له الكفيل بإحضار

خصمه

العجز، فتظهر فائدة الكفالة، وعن صاحب التقريب حكاية وجه: أنها تصح، وإن قلنا: إنه لا يغرم عند العجز.

وانظر: عجالة المحتاج ٨٢١/٢ - ٨٢٢، النجم الوهاج ٥٠٢/٤، تحفة المحتاج ٢٦٦/٥، مغني المحتاج ٢١١/٣، نهاية المحتاج ٤٥٢/٤.

في (م): لموت. ~~✗~~

ساقط من: (ج). ~~✗~~

(٣) سبق بيانها في المسألة الثانية، رقم (١٤١)، صفحة (٤٧١).

(٤) على المشهور من المذهب، وهو الأظهر والأصح، كما سبق بيانه في المسألة الثانية، رقم (١٤١)، صفحة (٤٧١).

(٥) كما سبق بيانه في المسألة الثانية، رقم (١٤١)، صفحة (٤٧١ - ٤٧٢).

في (ج): وتكون. ~~✗~~

ساقط من: (م). ~~✗~~

إذا تكفّل بغير الإذن وقلنا : تصح ، ثم طالب (المكفول له) ~~(X)~~ (الكفيل بإحضار خصمه ، وقال : أحضِرْ خصمي ، له^(١) أن يطالب المكفول) ~~(X)~~ بالحضور ، ويلزمه الحضور ، لا ~~(X)~~ من طريق الكفالة ؛ ولكن ~~(X)~~ لأن الخصم^(٢) أمره بالإحضار ~~(X)~~ ، فجعل كالوكيل له^(٣) ، فأما إن لم يقل له : أحضِرْ خصمي ، ولكن قال : أخرج من حقّي^(٤) . هل له مطالبة المكفول بيده بالحضور ~~(X)~~ أم لا ؟ فيه وجهان :^(٥)

~~(X)~~ في (م) : المكفول بيده .

(٢) أي : وجب على الكفيل أن يطالب المكفول به بالحضور .

~~(X)~~ ساقط من : (م) .

~~(X)~~ ساقط من : (م) .

~~(X)~~ ساقط من : (م) .

(٦) أي : لأنّ صاحب الحقّ (المكفول له) ، قد وكّل الكفيل بإحضار المكفول به .

انظر : الشامل (ج ٣/ل ١٩٥/أ) .

~~(X)~~ في (م) : بالحضور .

(٨) انظر : الشامل (ج ٣/ل ١٩٥/أ) ، بحر المذهب ١٠٧/٨ - ١٠٨ ، الوسيط ٢٤١/٣ ، حلية

العلماء ٧٣/٥ ، البيان ٣٤٩/٦ ، فتح العزيز ٣٧٩/١٠ ، روضة الطالبين ٢٥٩/٤ ، أسنى

المطالب ٢٤٤/٢ ، مغني المحتاج ٢١١/٣ - ٢١٢ .

(٩) أخرج من حقّي ، أي : أعطني ما عليك من الحقّ ، فهو يطلب الوفاء بما التزم به الكفيل .

~~(X)~~ ساقط من : (ج) .

(١١) هذان الوجهان عن أبي العباس بن سريج ، نسبهما إليه كلّ من : ابن الصباغ ، وأبي

الحاسن الروياني ، وأبي بكر الشاشي ، والعمرائي ، والرافعي - رحمهم الله - .

انظر : الشامل (ج ٣/ل ١٩٥/أ) ، بحر المذهب ١٠٧/٨ - ١٠٨ ، حلية العلماء ٧٣/٥ ،

البيان ٣٤٩/٦ ، فتح العزيز ٣٧٩/١٠ .

أحدهما : له ذلك ؛ لأن مطالبته إتياءه بالخروج عن حقه إذن في

الإحضار .^(٢)

والثاني : ليس له مطالبته بالحضور ؛ لأن المكفول له طالبه بما عليه ، فلم يكن ذلك إذنا في مطالبة الغير ؛ كما لو ضمن مالا بغير إذن المضمون عنه ، ثم إن المضمون له طالبه بالدين ، لم يكن له مطالبة المضمون عنه بشيء ، كذا هاهنا^(٥) ، فعلى هذا : إذا لم يمكن^(٦) إحضاره ، قال أصحابنا^(٧) : يُجْبَس ، وهو بعيد^(٨) ؛ لأن الإنسان لا يُجْبَس بسبب (ما لا يقدر عليه) ؛ ولهذا

ساقط من : (م) .

(٢) ومعناه : التوكيل به ، فهو كما لو وُكِّلَ بإحضاره .

(٣) في (م) : فاطمه . وهو خطأ .

(٤) في (ج) : ولم .

(٥) انظر : المراجع السابقة .

(٦) في (م) : إذا لم يكن .

(٧) منهم : أبو العباس بن سريج ، نسبه إليه كلٌّ من : ابن الصباغ ، وأبي الحاسن الروياني ، والعمرائي ، والرافعي .

انظر : الشامل (ج ٣/ل ١٩٥/أ) ، بحر المذهب ١٠٧/٨ - ١٠٨ ، البيان ٣٤٩/٦ ، فتح العزيز ٣٧٩/١٠ .

(٨) قال الإمام الرافعي في فتح العزيز (٣٧٩/١٠) ، والإمام النووي في روضة الطالبين (٢٥٩/٤) : «واستبعده الأئمة» .

وقال ابن الصباغ في الشامل (ج ٣/ل ١٩٥/أ) : «وهذا يدلُّ عندي على فساد ما قاله ؛ لأنه يُجْبَس على ما لا يقدر عليه» - ما قاله - يقصد به : ابن سريج .

وانظر : الحاوي الكبير ٤٦٥/٦ ، بحر المذهب ١٠٨/٨ ، البيان ٣٤٩/٦ .

(ج) : ماله ما لم يقدر عليه .

لا يجوز حبسُ المفلس .

[١٤٧] [الفرع] الثاني : [إذا اشترط الكفيل الغرامة على نفسه إذا لم يُسَلِّم المكفول به]:

(لو قال: تكفّلْتُ بيدن فلان، على شرط: أي إن ~~✗~~ لم أسلّمهُ ~~✗~~ أغرّمُ المال ، فعلى طريقة ابن سريج: تصح الكفالة ، وكان ذلك صريحاً ~~✗~~ بمقتضى الإطلاق ، وعلى طريقة الباقيين من أصحابنا : الكفالة بالمال (لا تصح) ~~✗~~ ؛ لأنها متعلّقة بشرط ~~✗~~ (٦).

~~✗~~ ساقط من : (م).

~~✗~~ في (ج) : لو تكفّل بيدن فلان، قال: على أي إن لم أسلّمهُ.

~~✗~~ في (م) : تصريحاً .

~~✗~~ ساقط من : (م) .

~~✗~~ في (ج) : بشروط .

(٦) وهو الأصح؛ لأنه شرط يناfi مقتضاها.

قال الإمام البغوي في التهذيب (١٨٩/٤) : «ولو تكفّل بيدنه بشرط: أنه إذا عجز عن تسليمه، أدّى الدّين، هل يصحّ أم لا؟»

إن قلنا عند الإطلاق : إذا عجز يلزمه الدّين، فيصح؛ لأنه صرّح بمقتضاه، وإن قلنا: لا يلزمه، فلا تصح الكفالة؛ للشروط الفاسد.

وقد ذكر الدّميري في النجم الوهاج (٥٠٢/٤) : وجهاً ثالثاً: وهو أنه تصح الكفالة، ويطل شرط المال، كما في القرض: أنه إذا شرط أن يردّ مكسراً عن صحيح، أو أن يقرضه

غيره، بطل الشرط، ولا يطل القرض على الأظهر؛ لأنه زاد خيراً، فلم يفسد العقد.

وأجاب الشربيني في مغني المحتاج (٢١١/٣) عن الوجه الثالث فقال: «بأن المشروط في

وهل تصح الكفالة بيدنه أم لا ؟ فعلى / قوِّيَ تفريق الصفقة . [٢٥/ب/ج]

[١٤٨] [الفرع] الثالث : [إذا تكفل إنسان ببدن مجنون أو صبي]

إذا كان له على (مجنون أو صبي) ~~حق~~ ، وكان يحتاج إلى إحضارهما ~~ل~~ مجلس الحكم لتقوم ~~ل~~ / البينة [عليهما] ~~ل~~ ، فتكفل إنسان ببدنهما ~~ل~~ ، إن كان [٢٨/م/أ] بإذن (وليّهما تصح) ~~ل~~ الكفالة ^(٧) ، وإن كان بغير إذن الوليّ، فعلى طريقة

==

تلك صفة تابعة، وفي هذه أصل يُقرّد بعقد، والتابع يُغتفر فيه ما لا يُغتفر في الأصل». وانظر : بحر المذهب ١٠٧/٨ ، حلية العلماء ٧٧/٥ ، البيان ٣٤٦/٦ ، فتح العزيز ٣٧٨/١٠ ، منهاج الطالبين ص ٦٣ ، روضة الطالبين ٢٥٩/٤ ، المطلب العالي (ج ١٠/ل ١٧١/ب) ، عجلة المحتاج ٨٢١/٢ ، إخلاص الناوي ٢٣٦/٢ ، حاشية الباجوري ٣٨٢/١ .

- (٧) في (م) : على صبي ومجنون .
- (ج) : إحضاره .
- (م) : ليقم .
- (ج) : عليه، وفي (م) : عليكما، وما أثبتّه أنسب للسياق .
- (ج) : بيدنه .
- (ج) : وليّ صحّت .
- (٧) لأن الحقّ يجب عليهما في ذمتهما .
- انظر : الحاوي الكبير ٤٦٤/٦ ، الشامل (ج ٣/ل ١٩٦/أ-ب) ، بحر المذهب ١٠٨/٨ ، حلية العلماء ٧٧/٥ ، التهذيب ١٩٢/٤ ، البيان ٣٤٩/٦ ، فتح العزيز ٣٧٤/١٠ ، روضة الطالبين ٢٥٣/٤ ، إخلاص الناوي ٢٣٤/٢ ، مغني المحتاج ٢٠٨/٣ ، نهاية المحتاج ٤٤٧/٤ .

أصحابنا : لا تصح^(١) ، وعلى طريقة ابن سريج: تصح^(٢).

[١٤٩] المسألة الرابعة : [الكفالة في العقوبة من حدٍّ أو قصاص]:

إذا كان على إنسان عقوبة من قصاص^(٤) ، أو حدٍّ^(٥) ، فتكفل إنسان

(١) إلا بإذن الولي؛ لأن الصبي والمجنون لا إذن لهما.

انظر : بحر المذهب ١٠٨/٨ ، حلية العلماء ٧٧/٥ ، التهذيب ١٩٢/٤ ، البيان ٣٤٩/٦ ، فتح العزيز ٣٧٤/١٠ ، روضة الطالبين ٢٥٣/٤ ، عجلة المحتاج ٨٢٠/٢ ، النجم الوهاج ٤٩٧/٤ ، مغني المحتاج ٢٠٨/٣ .

(٢) كما يصح الضمان عليه بالذئب من غير إذنه.

انظر : المراجع السابق.

ساقط من : (م) .

(٤) القصاصُ : في اللغة: بكسر القاف، وهو المماثلة، مأخوذ من القصّ، وهو القطع، وقيل: من اقتصاص الأثر، أي: تتبّعه؛ لأن المقتصّ يتبع جناية الجاني فيأخذ مثلها. يقال: اقتصّ من غريمه، واقتصّ السلطان فلاناً من فلان، أي: أخذ له قصاصه، ويقال: استقصّ فلان فلاناً: طلب منه قصاصه، والقصاصُ : القود.

والقصاص: اصطلاحاً: هو أن يوقع على الجاني مثل ما جنى، النفس بالنفس، والجرح بالجرح.

انظر : لسان العرب ٧٣/٧ وما بعدها، مختار الصحاح ص ٢٢٥ ، القاموس المحيط ص ٨٠٩ - ٨١٠ ، الزاهر ص ٣٦٥ ، الفائق ٦٨/١ ، المصباح المنير ص ٥٠٥ - ٥٠٦ ، التعريفات ص ٢٢٥ ، تحرير ألفاظ التنبيه ص ٢٩٣ ، أنيس الفقهاء ص ٢٩٢ ، المطلع ص ٣٥٧ - ٣٥٩ ، القاموس الفقهي ص ٣٠٤ ، الموسوعة الفقهية ٢٥٩/٣٣ ، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية ٩٤/٣ - ٩٥ .

(٥) الحدُّ: في اللغة : المنع والفصل بين الشيئين لئلا يختلط أحدهما بالآخر، أو لئلا يتعدى أحدهما على الآخر، وجمعه: حدود، وحدُّ الشيء مُنتهَاه، تسمية بالمصدر، ويقال لحقيقة الشيء: حدٌّ؛ لأنه جامعٌ ومانعٌ.

بما عليه من العقوبة ، لا تصح الكفالة ؛ لأنه لا تجري فيه النيابة^(١) ، (فأما إذا تكفل ببدن من عليه العقوبة) ❌ ، (فإن كان ذلك الحدُّ)^(٢) لله تعالى ، مثل : حَدُّ الزَّنا^(٤) ، (وَحَدُّ السَّرِقَةِ^(١)) ❌ ، (وَحَدُّ الشُّرْبِ^(٣)) ❌ ، فلا تصح

وشرعاً : عقوبة مقدرة، وجبت حقاً لله تعالى، كما في الزَّنا، أو لآدمي، كما في القَذْف. وتُسمي الحدود حدوداً؛ لأن الله تعالى حدَّها وقَدَّرَها، فلا يجوز لأحد أن يتجاوزها، وقيل: تُسمي بذلك : لأنها تمنع من الاقدام على الفواحش، والعَوْد إليها.

انظر : لسان العرب ٣/١٤٠، مختار الصحاح ص ٥٣، القاموس المحيط ص ٣٥٢، النهاية في غريب الحديث والأثر ٣٥٢/١، التعريفات ص ١١٢، المصباح المنير ص ١٢٤ - ١٢٥، تحرير ألفاظ التنبيه ص ٣٢٣، الحدود الأنيقة ص ٦٥، أنيس الفقهاء ص ١٧٣، التوقيف ص ٢٦٩، المطلع ص ٣٧٠، الأحكام السلطانية، للماوردي ص ٢٧٥ - ٢٧٦، حاشية قليوبي ٤/١٨٥، مغني المحتاج ٥/٤٦٠، الموسوعة الفقهية ١٧/١٢٩، ٣٣/٢٥٩، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية ١/٥٥٣ - ٥٥٥.

(١) قال الإمام البغوي في التهذيب (٤/١٨٨): «وَضَمَانُ نَفْسِ الْعُقُوبَةِ لَا يَجُوزُ». وانظر : المذهب ١/٣٤٣، بحر المذهب ٨/١٠٦، البيان ٦/٣٤٤، روضة الطالبين ٤/٢٥٣.

❌ ساقط من : (ج) .

(٣) في (ج) : وأما إذا كان الحدُّ. والمثبت في المتن مناسب لسياق العبارة، كما في النسخة (م).

(٤) الزَّنا : في اللغة : يأتي بالمد والقصر، فهو بالمد (زنا) لغة بني تميم، وبالقصر (زنى) لغة أهل

الحجاز، وهي أفصح، ويأتي لمعنيين: أحدهما : البغي، وهو مثل الفاحشة، والآخر: هو الشيء الضيق. وهو لغة: مُطْلَقُ الإيلاج في مُطْلَقِ الفَرْجِ، أو في قُبُلِ الْآدَمِيِّ خَاصَّةً.

وفي الاصطلاح : إيلاج الذَّكَرِ بِفَرْجِ مُحَرَّمٍ لَعْنَةٍ، خَالٍ عَنِ الشُّبْهَةِ، يُوجِبُ الْحَدَّ.

انظر : لسان العرب ١٤/٣٥٩، القاموس المحيط ص ١٦٦٧، المصباح المنير ص ٢٥٧، التعريفات ص ١٥٣، تحرير ألفاظ التنبيه ص ٣٢٣، التوقيف ص ٣٨٩ - ٣٩٠، الأحكام السلطانية ص ٢٧٨، منهاج الطالبين ص ١٣٢، شرح جلال الدين المحلى ٤/١٨٠، مغني المحتاج ٥/٤٤٢، حاشية قليوبي ٤/١٨٠، الموسوعة الفقهية ٢٤/١٨، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية ٢/٢١٢ - ٢١٣.

الكفالة (على الصحيح من المذهب) ؛ لأن الكفالة () للإستيثاق ،

(١) السَّرْقَةُ: في اللغة : بفتح السين وكسْرِ الراء وهي الأفصح، ويجوز إسكان الراء مع فتح السين وكسرها، ويقال -أيضاً- : السَّرِق، بكسر الراء، وهي في اللغة: أَخَذَ الشيء من الغير خُفْيَةً، أي شيء كان.

وشرعاً: أَخَذَ المَالِ خُفْيَةً ظُلماً، مِنْ جَرَزٍ مِثْلِهِ، بشروط.

انظر : لسان العرب ١٠/١٥٥، مختار الصحاح ص ١٢٥، القاموس المحيط ص ١١٥٣، النهاية في غريب الحديث والأثر ٢/٣٦٢، المصباح المنير ص ٢٧٤ - ٢٧٥، التعريفات ص ١٥٦، تحرير ألفاظ التنبيه ص ٣٢٦، أنيس الفقهاء ص ١٧٦، التوقيف ص ٤٠٣، المطلع ص ٣٧٤، مغني المحتاج ٥/٤٦٥، حاشية قليوبي ٤/١٨٧، كفاية الأخيار ص ٤٧٣، القاموس الفقهي ص ١٧١، الموسوعة الفقهية ٢٤/٢٩٢، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية ٢/٢٦٣ - ٢٦٥.

ساقط من : (م) .

✗

(٣) الشُّرْبُ : بالضم، وهو إيصال نحو الماء إلى الجوف بفيه، ممَّا لا يتأتَّى فيه المضغُّ، وقيل: تناول كلِّ مائعٍ ماءً أو غيره، والجمْعُ: أَشْرَبَ، بمعنى مشروب، والشَّرِبُ: المؤلِّغُ بالشَّرَاب. والشُّرْبُ: بفتح الشين وسكون الراء: الجماعة يَشْرَبُونَ الخمر. فَحَدُّ الشُّرْبِ، أي: حَدُّ شُرْبِ الخمر.

انظر : لسان العرب ١/٤٨٧، مختار الصحاح ص ١٤٠، القاموس المحيط ص ١٢٨، شرح حدود ابن عرفة ص ٥١١، المصباح المنير ص ٣٠٨، التوقيف ص ٤٢٧، التعريفات ص ١٦٦، مغني المحتاج ٥/٥٠٧ - ٥٠٨، حاشية قليوبي ٤/٢٠٣، القاموس الفقهي ص ١٩١ - ١٩٢، الموسوعة الفقهية ٢٥/٣٦٢، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية ٢/٣٢٥.

ساقط من : (ج) .

✗

(٥) وهو المشهور في المذهب، وقال أبو الحسن الروياني في بحر المذهب (٨/١٠٦) : « لم تصح الكفالة قولاً واحداً »، وعن أبي الطَّيِّب بن سلمة، وابن خَيْرَانَ، طُرِدَ القولين فيه. ولأنه لما لم تصحَّ الكفالة بما عليه من الحقِّ، لم تصحَّ الكفالة ببدن من عليه.

والعقوبات المستحقة لله تعالى مبناهما على الذرء والإسقاط ، (ولا يناسبها
(الاستيثاق ، وأما إن كان عليه حدٌ قذف^(٥) ، أو لعان^(٦)) ، (أو

انظر : الأم ٢٣٥/٣ ، مختصر المزني ٢٠٧/٨ ، اللباب ص ٢٥٧ ، الحاوي الكبير ٤٦٣/٦ ،
المهذب ٣٤٣/١ ، التنبيه ص ١٠٦ - ١٠٧ ، الشامل (ج ٣/ل ١٩٥/أ) ، ب ١٨٧/٤ ،
البيان ٣٤٤/٦ ، فتح العزيز ٣٧٣/١٠ ، روضة الطالبين ٢٥٣/٤ ، المطلب العالي
(ج ١٠/ل ١٦٧/أ) ، عمدة السالك ص ١٥٢ ، شرح مختصر التبريزي ص ٢٢٧ ، النجم
الوهاب ٤٩٧/٤ ، السراج الوهاب ص ٢٤٢ ، أسنى المطالب ٢٤١/٢ .

ساقط من : (م) .

في (ج) : من الله .

في (م) : فلا يليق بها .

في (م) : فأما .

(٥) القذف : في اللغة : الرمي ، والقذف بالحجارة : الرمي بها ، ثم استعمل في رمي المرأة بالزنا
أو ما كان في معناه . والقذف : السب .
وشرعاً : الرمي بالزنا في معرض التغير .

انظر : لسان العرب ٢٧٦/٩ وما بعدها ، مختار الصحاح ص ٢٢٠ ، المصباح المنير
ص ٤٩٤ - ٤٩٥ ، النهاية في غريب الحديث والأثر ٢٩/٤ ، تحرير ألفاظ التنبيه ص ٣٢٥ ،
التوقيف ص ٥٧٧ ، المطالع ص ٣٧١ ، أسنى المطالب ١٣٥/٤ ، تحفة المحتاج ١١٩/٩ ، مغني
المحتاج ٤٦٠/٥ ، القاموس الفقهي ص ٢٩٧ ، الحدود والأشربة ، للدكتور أحمد الحصري
ص ٦٥٤ ، الموسوعة الفقهية ٥/٣٣ ، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية ٧٣/٣ - ٧٥ .

(٦) اللعان : في اللغة : من اللعن ، وهو المنع والطرده والإبعاد ، وهو مصدر : لَاعَنَ يُلَاعِنُ
مُلَاعَنَةً وَلِعَانًا ، ومنه : لَعَنَهُ اللهُ : أي أبعداه وطرده ، ويقال : لَاعَنَ امرأته مُلَاعَنَةً وَلِعَانًا أي :
لَعَنَ بَعْضُ بَعْضًا ، وتُسمى بذلك : لِيُعَدَّ الرَّوَجَيْنِ مِنَ الرَّحْمَةِ ، أو لِيُعَدَّ كُلُّ مِنْهُمَا عن الآخر ،
فلا يجتمعان أبداً .

وشرعاً : كلمات معلومة ، جُعِلَتْ حُجَّةً لِلْمُضْطَرِّ إِلَى □ قَذَفَ مَنْ لَطَّخَ فِرَاشَهُ ، وَالْحَقُّ الْغَارِ
بِهِ ، أَوْ إِلَى □ نَفَى وَلَدٍ .

انظر : لسان العرب ٣٨٧/١٣ ، مختار الصحاح ص ٢٥٠ ، القاموس المحيط ص ١٥٨٨ ،

قِصَاصٍ ﴿٥﴾ ، فقد قال الشافعي (رضوان الله عليه) ﴿٦﴾ في كتاب «اللَّعَان» :
ولا كفالة في حَدٍّ ولا لِعَانٍ. (٥)

وقال المزني في جامعه (٦) : وتجوز الكفالة بمن عليه حقٌ. (٧)

فمن أصحابنا من قال بظاهر ما نقله المزني : تصح الكفالة (٨) ؛ لأنه حقٌ

النهاية في غريب الحديث والأثر ٢٥٥/٤ ، المصباح المنير ص ٥٥٤ ، التعريفات ص ٢٤٦ ،
المغرب ص ٤٢٥ ، الزاهر ص ٣٣٥ ، تحرير ألفاظ التنبيه ص ٢٧٢ ، أنيس الفقهاء ص ١٦٢ ،
المطلع ص ٣٤٧ ، فتح الوهاب ٤/٤٢٤ ، مغني المحتاج ٥/٥٢ ، نهاية المحتاج ٧/١٠٣ ،
القاموس الفقهي ص ٣٣٠ ، الموسوعة الفقهية ٣٥/٢٤٦ ، معجم المصطلحات والألفاظ
الفقهية ٣/١٧٤ - ١٧٦ .

﴿٥﴾ ساقط من : (م) .

﴿٦﴾ ساقط من : (ج) .

﴿٧﴾ ساقط من : (م) .

﴿٨﴾ في (م) : أو .

(٥) ونص ما قاله في كتاب اللعان في الأم (٣١٦/٥) : «ولا يُقْبَلُ في رجلٍ في حَدٍّ ولا لعانٍ»،
والقبيل: هو الكفيل، كما سبق بيانه في صفحة (١٧٤).

وفي باب الضمان، قال في الأم (٢٣٥/٣) : «ولا تلزم الكفالة بحدٍّ، ولا قِصَاصٍ، ولا
عقوبة، لا تلزم الكفالة إلا بالأموال». ومثل هذا النص في كتاب : الإقرار والمواهب في
الأم (٢٤٢/٦)، وفي مختصر المزني (٣١٩/٨) : «ولا يكفل رجلٌ في حَدٍّ ولا لِعَانٍ».

(٦) الجامع الكبير: وهو من كتب المزني المشهورة عند الشافعية.

انظر : المذهب عند الشافعية، لمحمد الطيب اليوسف ص ٥٥ ، المذهب الشافعي، لمحمد
بصري ص ٧٩ ، سير أعلام النبلاء ١٢/٤٩٣ .

(٧) وقد نقله عن المزني - رحمه الله - الإمام أبو المحاسن الروياني في بحر المذهب (١٠٦/٨)
فقال: «ونقل المزني في الجامع الكبير : وتجوز الكفالة بمن عليه حقٌ، أو حَدٌّ»، وكذا نقله
عنه - أيضاً - الرافعي في فتح العزيز (٣٧٣/١٠)، وانظر : الشامل (ج ٣/ل ١٩٥ ب)،
والمطلب العالي (ج ١٠/ل ١٦٧ أ).

(٨) على الأظهر ، وهو المذهب، كما لو كان عليه دين، فأشبه المال.

مُسْتَحَقٌّ لِلْأَدَمِيِّينَ ، تجوز المطالبة به . وَحُمِلَ نَصُّ الشَّافِعِيِّ (رحمه الله) ^(١) :
على □ ما إذا تكفَّل بالحدِّ واللَّعَانِ . ^(٢)

وحكي عن ابن سريج أنه قال : لا تصح الكفالة ^(٣) ، وبني □ المسألة على
الأصل الذي ذكرناه ^(٤) ^(١) ، وهو أنه إذا تعذَّر التسليم، هل يغرم المال أم لا؟ ^(٢)

وقد اختلف الأصحاب في حكم الكفالة - هنا- على طرق: الطريقة الأولى: وهي
الصحيحة: أن الكفالة تصح، وهو المذهب، وقيل: لا تصح، والطريقة الثانية: القطع
بالصحَّة. والطريقة الثالثة: القطع بعدمها.

انظر : الباب ص ٢٥٨، الحاوي الكبير ٤٦٣/٦، المهذب ٣٤٣/١، الشامل
(ج ٣/ل ١٩٥/ب)، بحر المذهب ١٠٦/٨، الوسيط ٢٤٠/٣، حلية العلماء ٧٢/٥،
التهذيب ١٨٨/٤، البيان ٣٤٤/٦، فتح العزيز ٣٧٣/١٠، روضة الطالبين ٢٥٣/٤،
عمدة السالك ص ١٥٢، عجلة المحتاج ٨٢٠/٢، النجم الوهاج ٤٩٧/٤، مغني المحتاج
٢٠٨/٣، السراج الوهاج ص ٢٤٢، نهاية المحتاج ٤٤٦/٤ - ٤٤٧.

ساقط من (م) .

أي : تأوَّلوا ذلك على إبطال الكفالة بنفس الحدِّ واللَّعَانِ، لا بنفس من وجب عليه الحدُّ
واللَّعَانِ . ^(٢)

انظر : الحاوي الكبير ٤٦٣/٦، الشامل (ج ٣/ل ١٩٥/ب)، بحر المذهب ١٠٦/٨، فتح
العزيز ٣٧٣/١٠.

لأنه يسقط بالشبهة؛ ولأن الكفالة لا تصح به، فكذلك لا تصح بيدن من هو عليه.
قال أبو المحاسن الروياني في بحر المذهب (١٠٦/٨) : «وقال جماعة من أصحابنا: وهذا
هو المذهب».

انظر : الحاوي الكبير ٤٦٣/٦، المهذب ٣٤٣/١، الشامل (ج ٣/ل ١٩٥/ب)، الوسيط
٢٤٠/٣، حلية العلماء ٧٢/٥، التهذيب ١٨٨/٤، البيان ٣٤٤/٦، فتح العزيز
٣٧٣/١٠، عجلة المحتاج ٨٢٠/٢، النجم الوهاج ٤٩٧/٤، مغني المحتاج ٢٠٨/٣، نهاية
المحتاج ٤٤٧/٤.

في (م) : ذكرنا .

فعلى ☐ طريقة أصحابنا : لا يغرم^(٣) ، فيكون ☒ القصاص والحدُّ
كالأموال ☒ ، وعلى ☐ طريقة ابن سريج : يغرم^(٤) ، فإذا كان الحقُّ الذي عليه
عقوبة لم يمكن الاستيفاء منه، فلا ☒ يصح^(٥).

(١) وبناهما -أيضاً- على هذا الأصل، الشيخ أبو حامد -رحمه الله-. قال ابن الصباغ في
الشامل (ج ٣/ل ١٩٥/ب): «وحكي عن أبي العباس في ذلك وجهان، قال الشيخ أبو
حامد: يشبه أن يكون الوجهان بناء على وجوب الحق على الكفيل بموت المكفول به،
فمن قال: يجب عليه الحق، لا تصح عنده في الحدود؛ لأنه لا يجوز وجوب الحد على
الكفيل».

انظر : بحر المذهب ١٠٦/٨، فتح العزيز ٣٧٣/١٠، عجالة المحتاج ٨٢٠/٢.

(٢) سبق بحثها في المسألة الثانية ، رقم (١٤١)، صفحة (٤٧١).

(٣) وهو المشهور من المذهب، وهو الأظهر والأصح، وهو مذهب الإمام الشافعي، وبه
قال الحنفية والحنابلة -رحمهم الله تعالى-، كما سبق بيانه في المسألة الثانية، رقم
(١٤١)، صفحة (٤٧١).

☒ في (ج) : ويكون .

☒ في (م) : والأموال .

(٦) وهو مذهب مالك -رحمه الله-، كما سبق بيانه في المسألة الثانية، رقم (١٤١)، صفحة
(٤٧١ - ٤٧٢).

☒ في (م) : ولا .

(٨) قال الإمام الرافعي في فتح العزيز (٣٧٣/١٠) : «وعن الشيخ أبي حامد بناء القولين: على
أنه إذا مات المكفول ببدنه، هل يغرم الكفيل ما عليه من الدَّين؟

إن قلنا : نعم، لم تصح الكفالة ههنا؛ لأنه لم يمكن مؤاخذته بما عليه،

وإن قلنا: لا، صحَّتْ، كما لو تكفَّل ببدن من عليه مال، وقضية هذا البناء: أن يكون

قول التصحيح أظهر، وهو اختيار القفال، وصاحب الكتاب، وادَّعى ☐ القاضي الروباني

وقد ~~حكى~~ عن بعض أصحابنا قول : إن الكفالة ببدن من عليه

عقوبة، سواء كان حقاً لله أو حقاً للآدميين، تصح. (١)

واستدلوا بما روي عن ابن مسعود (٢) وجرير (٣) والأشعث (٤) في قصة

أن المذهب: المنع.

وانظر : الشامل (ج ٣/ل ١٩٥/ب)، بحر المذهب ١٠٦/٨، عجلة المحتاج ٨٢٠/٢.

ساقط من : (ج) .

(٢) انظر : بحر المذهب ١٠٦/٨، الوسيط ٢٤٠/٣، فتح العزيز ٣٧٣/١٠، روضة الطالبين

٢٥٣/٤، عجلة المحتاج ٨٢٠/٢، مغني المحتاج ٢٠٨/٣.

(٣) ابن مسعود : هو عبدالله بن مسعود بن غافل بن حبيب الهذلي، أبو عبد الرحمن، من

فقهاء الصحابة وكبارهم، أسلم قديماً، وهاجر المهجرتين، وحضر المشاهد، وأحد القراء

الأربعة، وأول من جهر بالقرآن الكريم في مكة، وصلى إلى القبلتين، كان يخدم النبي

صلى الله عليه وسلم، ويفضي إليه بسرّه، ورفيقه في حضره وسفره وغزواته، روى عن النبي

صلى الله عليه وسلم (٨٤٨) حديثاً، وولي في عهد أبي بكر الصديق رضي الله عنه بيت المال

بالكوفة، توفي سنة (٣٢) هـ، وقيل سنة (٣٣) هـ، عن ستين عاماً، ودفن في البقيع.

انظر : طبقات الفقهاء، للشيرازي ص ٢٤، صفة الصفوة، لابن الجوزي ٣٩٥/١، حلية

الأولياء، لأبي نعيم الأصبهاني ١٢٤/١، الإصابة ٣٦٨/٢، تهذيب التهذيب ٢٧/٦ -

٢٨، سير أعلام النبلاء ٤٦١/١.

في (ج) : ابن جريج . وهو خطأ . والصواب ما أثبتّه في المتن ، ، كما في النسخة (م) ،

وكما تبين من خلال تخريج الأثر .

(٥) جرير : هو جرير بن عبدالله بن جابر بن مالك بن نصر بن ثعلبة بن حشم بن عوف،

الأمير النبيل الجميل، أبو عمر، وقيل: أبو عبدالله البجلي القسري، وقسر من قحطان، من

أعيان الصحابة، وكان إسلامه في السنة التي توفي فيها النبي -صلى الله عليه وسلم، وروي

أن إسلامه كان بعد نزول سورة المائدة، بايع النبي -صلى الله عليه وسلم- على النصح

لكل مسلم، كان من بديع الحسن كامل الجمال، حيث قال عنه عمر بن الخطاب رضي الله عنه :
«جرير يوسف هذه الأمة»، وكان على ميمنة سعد بن أبي وقاص يوم القادسية، سكن

الكوفة ثم سكن قرقيسيا، ومسند جرير نحو من مائة حديث بالمكرر، اتفق له الشيخان

على ثمانية أحاديث، وانفرد البخاري بحديثين، ومسلم بستة، ذهب عنه بهمدان إذ وليها

أصحاب ابنِ النَّوَّاحَةِ^(٢): أُنْهَم استتابوا قوماً وطالبوهم بالكفيل بأبدانهم^(١)،

لعثمان، توفي بالشرأة في ولاية الضحاك بن قيس على الكوفة، سنة (٥١) هـ، وقيل
== (٥٤) هـ.

انظر: الاستيعاب ٢٣٦/١، سير أعلام النبلاء ٣٥٠/٢، رجال مسلم ١١٥/١، الإصابة ٤٧٥/١، تهذيب التهذيب ٦٣/٢.

(١) الْأَشْعَثُ: هو الأشعث بن قيس بن معدي كرب الكندي، وكان اسم الأشعث معدي كرب، وكان أبداً أشعث الرأس فغلب عليه، له صحبة ورواية، وأصبحت عَيْنُهُ يوم اليرموك، وكان أكبر أمراء علي عليه السلام يوم صفين، وهو أول من مشى معه الرجال وهو راكب، وكانت بَنَتْهُ تحت الحسن بن علي، توفي سنة (٤٠) هـ وقيل (٤١)، وقيل: بعد علي عليه السلام بأربعين ليلة، ودفن في داره، وقيل: عاش (٦٣) سنة، وتوفي بالكوفة والحسن بها حين صالح معاوية، وهو الذي صَلَّى عليه.

انظر: الطبقات الكبرى، لابن سعد ٣٢٨/١، ٢٢/٦، الطبقات، لابن خياط ص ٧١، التاريخ الكبير ٤٣٤/١، الثقات، لأبي حاتم البستي ١٣/٣، مشاهير علماء الأمصار ص ٤٥، الاستيعاب ١٣٣/١، تهذيب الكمال، لأبي الحجاج المزي ٢٨٦/٣، سير أعلام النبلاء ٣٧/٢، تقريب التهذيب ص ١١٣.

(٢) ابْنُ النَّوَّاحَةِ: هو عبدالله بن النَّوَّاحَةِ، أحد رسولَيْن أرسلهما مسيلمة الكذاب إلى رسول الله ﷺ وهما: ابن النَّوَّاحَةِ، وأسامة بن أثال، فلما وفدا على رسول الله ﷺ قال لهما: أتشهدون أني رسول الله؟ فقالا: نشهد أن مسيلمة رسول الله، فقال النبي صلى الله عليه وآله وسلم: - آمنت بالله ورسله، ولو كُنْتُ قاتلاً رسولاً لقتلتكما.

أخرجه أبو داود في سننه (٨٣/٣ - ٨٤)، كتاب: الجهاد، باب في الرسل، عن حارثة بن مُضَرَّب.

وأخرجه الحاكم في المستدرک (١٥٥/٢) وقال: «هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه».

وذكره أبو المحاسن الحنفي في معاصر المختصر (٢٣٦/١)، وابن الملقن في خلاصة البدر المنير (٣٤٤/٢).

==

قال عبدالله بن مسعود: «فأما ابن أثال، فقد كفاه الله؛ وذلك لأنه أسلم، وأما ابن

التَّوَّاحَّةَ، فلم يزل في نفسي منه شيء حتى أمكنني الله منه».

أخرجه الطيالسي في مسنده (ص ٣٤)، وذكره ابن كثير في البداية والنهاية (٥٢/٥). وعن قيس بن أبي حازم قال: أتى رجل إلى عبدالله بن مسعود فقال: «إني مررتُ ببعض مساجد بني حنيفة، وهم يقرأون قراءة ما أنزلها الله على محمد ﷺ: والطاحنات طحنًا، والعجنات عجنًا، والحاربات حبرًا، والثارذات ثردًا، واللاقمات لقمًا، قال: فأرسل إليهم عبدالله، فأتي بهم وهم سبعة رجال، ورأسهم عبدالله بن التَّوَّاحَّة، قال: فأمر به عبدالله فقتل».

أخرجه الشاشي في مسنده (١٨١/٢)، وابن حجر في المطالب العالية (٢٨/٩)، وابن كثير في البداية والنهاية (٥٢/٥)،

وانظر: الاستيعاب ١٥٥١/٤، معجم الصحابة ١٧٨/٣، الإكمال ٢٠٥/٧، تاريخ مدينة دمشق ٦٣/٣٥ - ٦٤، تهذيب الأسماء ٢٧٢/١ - ٢٧٣، فتح الباري ٤٧٠/٤، البداية والنهاية (٥٢/٥)، المحلى، لابن حزم ٤٠٨/٦ - ٤١٠.

(١) أصل الأثر علقه البخاري في صحيحه (٨٠١/٢) في كتاب الكفالة، باب: الكفالة في القرض والديون بالأبدان وغيرها، ولفظه: «وقال جرير والأشعث لعبدالله بن مسعود في المرتدين: استتبهم وكفلهم، فتابوا وكفلهم عشائهم».

وذكر الحافظ ابن حجر - رحمه الله - القصة في شرحه للباب في فتح الباري (٤٧٠/٤) فقال: «وهذا - أيضاً - مختصر من قصة أخرجها البيهقي بطولها من طريق أبي إسحاق عن حارث بن مضرب، قال: صليت الغداة مع عبدالله بن مسعود، فلما سلم قام رجل فأخبره أنه انتهى إلى مسجد بني حنيفة، فسمع مؤذن عبدالله بن النواحة يشهد أن مسيلمة رسول الله، فقال عبدالله: علي بابن التَّوَّاحَّة وأصحابه، فجيء بهم، فأمر قرظة ابن كعب فضرب عنق ابن التَّوَّاحَّة، ثم استشار الناس في أولئك نفر، فأشار عليه عدي ابن حاتم بقتلهم، فقام جرير والأشعث فقالا: بل استتبهم وكفلهم عشائهم، فتابوا وكفلهم عشائهم».

وأخرجها البيهقي في السنن الكبرى (٧٧/٦) في كتاب الضمان، باب: ما جاء في الكفالة ببدن من عليه حق، من طريق يحيى بن درست بن زياد ثنا أبو عوانة عن أبي إسحاق عن حارث بن مضرب، قال الحافظ ابن حجر في تعليق التعليق (٢٩٠/٣): «هذا

وَرُوِيَ أَنَّ رَجُلًا وَقَعَ عَلَى جَارِيَةٍ لَامْرَأَةٍ حَمْزَةَ بْنِ عَمْرٍو الْأَسْلَمِيِّ^(١) ، فَأَخَذَ

== إسناده صحيح، قد أخرج أبو داود بعضه.

وأخرجها أبو داود في سننه (٨٣/٣ - ٨٤)، كتاب الجهاد، باب: في الرسل، عن حارثة بن مُضَرَّب.

ونحو هذا الأثر ذكره -أيضاً- أبو المحاسن الحنفي في معاصر المختصر (٢٢٥/١، ٢٣٦)، (٣٩/٢ - ٤٠)، والشاشي في مسنده (١٨١/٢).

وذكره ابن حزم -رحمه الله- في المحلّي (٤٠٨/٦ - ٤٠٩)، فقال: «وأما خبر ابن مسعود فَإِنَّا رويناه من طريق يحيى بن سعيد القطان، وسفيان بن عيينة، كلاهما عن إسماعيل بن أبي خالد عن قيس بن أبي حاتم عن ابن مسعود، ومن طريق الأعمش وشعبة وسفيان الثوري، كلّهم عن أبي إسحاق عن حارثة بن مُضَرَّب عن ابن مسعود، وهذه الأسانيد هي أنوار الهدى، لم يذكر أحد منهم في روايته أنه كفل بهم، ولا ذكر منهم أحد كفالة إلا إسرائيل وحده، وهو ضعيف...». لكن وثقه الحافظ ابن حجر في التقریب (ص ١٠٤)، فقال: «ثَقَّةٌ تُكَلِّمُ فِيهِ بِلَا حِجَّةٍ».

وذكر ابن كثير -رحمه الله- أصل الخبر في البداية والنهاية (٥٢/٥) من طريق إسماعيل ابن أبي خالد عن قيس بن أبي حازم، ولم يذكر الكفالة.

(١) حَمْزَةُ بْنُ عَمْرٍو الْأَسْلَمِيُّ : هو حمزة بن عمرو بن عويمر بن الحارث بن سلامان الأسلمي، أبو صالح، وقيل: أبو محمد المدني، صحابي مشهور، له تسعة أحاديث، روى عن النبي ﷺ، وأبي بكر، وعمر بن الخطاب -رضي الله عنهما-، وروى عنه ابنه محمد، وسليمان بن يسار، وعروة بن الزبير، وغيرهم، وكان يسرد الصوم، وهو الذي سأل النبي ﷺ عن الصوم في السفر، وقدم الشام غازياً، وكان البشير بفتح وقعة أجنادين إلى أبي بكر الصديق ﷺ، وقيل: هو البشير الذي أعطاه كعب بن مالك ثوبين كانا عليه، حين بشره بتوبته وما نزل فيه من القرآن بعد غزوة تبوك، توفي سنة (٦١) هـ، في ولاية يزيد بن معاوية، وهو ابن (٧١) عاماً.

انظر: الكُنَى والأسماء ٤٣٤/١، الجرح والتعديل ٢١٢/٣، الثَّقَات ٧٠/٣، مشاهير علماء الأمصار ص ١٦، تاريخ مولد العلماء ووفياتهم ١٧٢/١، رجال مسلم ١٤٦/١، تاريخ مدينة دمشق ٢١٣/١٥ وما بعدها، تهذيب الكمال ٣٣٣/٧، تقريب التهذيب ص ١٨٠، تهذيب التهذيب ٢٨/٣، خلاصة تهذيب الكمال ص ٩٣، تهذيب

حمزة منه كفيلاً^(١) / ، وهذه الطريقة تتفرع على □ قولنا : إن الحدود تثبت [٢٨/ب/م] بالشهادة على الشهادة ، كالأموال سواء^(٢).

الأسماء واللغات ١/١٧١.

(١) أخرجه البخاري في صحيحه (٨٠١/٢) من كتاب: الكفالة، باب: الكفالة في القرض والديون بالأبدان وغيرها، قال: وقال أبو الزناد عن محمد بن حمزة بن عمرو الأسلمي عن أبيه: «إن عمر رضي الله عنه بعثه مصدقاً، فوقع رجل على جارية امرأته، فأخذ حمزة من الرجل كفلاً، حتى قدم على عمر، وكان عمر قد جلده مئة جلدة، فصدقهم، وعذره بالجهالة». وأخرجه البيهقي في السنن الكبرى (٧٧/٦) ، وأبو جعفر الطحاوي في شرح معاني الآثار (١٤٧/٣)، وذكره بطوله الحافظ ابن حجر في فتح الباري (٤٧٠/٤)، وفي تعليق التعليق (٢٨٩/٣ - ٢٩٠)، والعيني في عمدة القاري (١١٤/١٢)، وذكره ابن حزم في المحلى □ (٤٠٨/٦ - ٤٠٩)، ثم قال: «وأما خبر حمزة بن عمرو الأسلمي فباطل، لأنه عن عبدالرحمن بن أبي الزناد، وهو ضعيف...». قال ابن عبدالواحد الحنبلي في الأحاديث المختارة (٧٠/٣): «عبدالرحمن بن أبي الزناد، قال يحيى وأبو حاتم: لا يحتج به، وثقه مالك بن أنس...». وقال الهيثمي في مجمع الزوائد (١٣٢/١) : «وثقه مالك، وضعفه أحمد ويحيى في رواية». وقال الحافظ ابن حجر في تقريب التهذيب (ص ٣٤٠): «صدوق، تغير حفظه لما قدم بغداد».

(٢) قال أبو المحاسن الروياني في بحر المذهب (١٠٦/٨) : «وقال بعض أصحابنا بخراسان: في الكفالة يبدن من عليه حدّ الله تعالى قولان - أيضاً-، وهو كالقولين في أن كتاب القاضي إلى القاضي، والشهادة على الشهادة، هل يجري في حدود الله تعالى أم لا؟ ووجه البناء: أن حكم الحدود هل يجعل كحكم الأموال؟ قولان، وفي هذا نظر، والصحيح ما ذكرنا»

أي : أن الصحيح: هو عدم صحة الكفالة قولاً واحداً، إذا كانت في بدن من عليه حدّ الله تعالى.

وانظر : فتح العزيز ١٠/٣٧٣ - ٣٧٤، النجم الوهاج ٤/٤٩٧.

[١٥٠] [المسألة] الخامسة : [الكفالة بِبَدَنِ الْمُكَاتَبِ] :

إذا طالب / السيّد مكاتبه بالمال، فتكفّل إنسان ببذنه، لا تصح الكفالة ؛ [١/٢٦ ج]
لأنه لو تكفّل بالمال لم تصح مع جريان النيابة فيه ، فإذا تكفّل بالبدن أولى □ أن
لا تصح .^(١)

[١٥١] [المسألة] السادسة : [الكفالة بِرَدِّ الْأَعْيَانِ الْمَضْمُونَةِ] :

الكفالة بِرَدِّ ~~ال~~ الأعيان المضمونة مثل: المغصوب^(٢) والمستعار والمأخوذ

(١) ولأن الحق الذي عليه غير لازم له، فلا تصح الكفالة به.

انظر : شرح مختصر المزني (ج ٥/ل ١٣٦ أ)، المهذب ٣٤٣/١، بحر المذهب ١١٥/٨،
التهذيب ١٨٨/٤، البيان ٣٤٥/٦، فتح العزيز ٣٧٣/١٠، روضة الطالبين ٢٥٣/٤،
المطلب العالي (ج ١٠/ل ١٦٥ ب)، عجلة المحتاج ٨٢٠/٢، النجم الوهاج ٤٩٧/٤،
مغني المحتاج ٢٠٧/٣ - ٢٠٨، نهاية المحتاج مع حاشية الشيرازي ٤٤٦/٤.

(٢) في (م) : تردّ .

(٣) ~~الغصب~~ : في اللغة : مصدر غَصَبْتُهُ أَغْصَبْتُهُ بكسر الصاد غَصَبْتُ، وَاعْتَصَبْتُ وَغَصَبْتُ عَلَى
الشيء، وَغَصَبْتُهُ مِنْهُ وَاعْتَصَبْتُ، وَالشَّيْءُ مَغْصُوبٌ عَنْهُ، وَهُوَ أَخَذَ الشَّيْءَ ظُلْمًا، وَقِيلَ:
أَخَذَهُ ظُلْمًا جَهَارًا.

وشرعاً : الاستيلاء على □ حقّ الغير غُدْوَانًا.

انظر : لسان العرب ٦٤٨/١، مختار الصحاح ص ١٩٩، النهاية في غريب الحديث والأثر
٣٧٠/٤، التعريفات ص ٢٠٨، المصباح المنير ص ٤٤٨، أنيس الفقهاء ص ٢٦٩، التوقيف
ص ٥٣٨، تحرير ألفاظ التنبيه ص ٢١٠، المطلع ص ٢٧٤، غاية البيان ص ٢١٦، أسنى
المطالب ٣٣٦/٢، مغني المحتاج ٣٣٤/٣، كفاية الأخيار ص ٢٨٢، نهاية الزين ص ٢٦٤،
الموسوعة الفقهية ٢٢٨/٣١، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية ١٦/٣ - ١٧.

سَوِّمًا^(١)، هل يصح أم لا ؟

من أصحابنا من قال : الحكم في كفالة الأعيان كالحكم في كفالة البدن، وذلك يُخَكِّي [عن ابن سريج^(٢)]، فإذا ~~✗~~ جَوَّزْنَا فتَلَفْتُ العَيْنُ، فهل ~~✗~~ يغرم القيمة^(٥) ؟ فعلى ما ذكرنا في كفالة البدن ~~✗~~.^(٣)

(١) السَّوِّمُ : في اللغة : هو عَرَضُ السَّلْعَةِ عَلَى [البيع، يقال: منه ساوَمْتُهُ سَوَامًا، واستام عليّ، تَسَاوَمْنَا، والسَّوْمُ: المَعَالَاةُ بالسَّلْعَةِ، يُقَالُ: سُمْتُ بالسَّلْعَةِ أُسُومٌ بِهَا سَوِّمًا، وسَاوَمْتُ وسَاوَمْتُ بِهَا وَعَلَيْهَا: غَالَيْتُ.

والمُسَاوَمَةُ : المِجَادَبَةُ بَيْنَ الْبَائِعِ وَالْمُشْتَرِي عَلَى السَّلْعَةِ وَفَضَّلَ ثَمَنَهَا. وشرعاً : هو أن يزيد عليه في ثمن ما يريد شراءه بعد استقرار الثمن بالتراضي صريحاً وقَبْلَ العقد، أو يُخْرِجُ لِلْمُشْتَرِي أَرْخَصَ مِمَّا يَرِيدُ شِرَاءَهُ، أَوْ يَرْغَبُ مَالِكُهُ فِي اسْتِرْدَادِهِ، لِيَشْتَرِيَهُ مِنْهُ بِأَكْثَرٍ، وَلَوْ لَمْ يَصْرَحْ لَهُ الْمَالِكُ بِالْإِجَابَةِ.

انظر : لسان العرب ٣١٠/١٢، مختار الصحاح ص ١٣٥، القاموس المحيط ص ١٤٥٢، النهاية في غريب الحديث والأثر ٤٢٥/٢ - ٤٢٦، غريب الحديث، للخطابي ٦٤٣/١، التعريفات ص ١٦٣، المصباح المنير ص ٢٩٧، التوقيف ص ٤١٩، أسنى المطالب ٣٩/٢، شرح جلال الدين المحلي ٢٢٨/٢، حاشية البجيرمي على المنهج ٢٢٢/٢، مغني المحتاج ٣٩٠/٢، الموسوعة الفقهية ٢٩١/٢٥، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية ٣٠٦/٢.

(٢) قال الإمام النووي في روضة الطالبين (٢٥٥/٤) : «فالمذهب الذي عليه الجمهور، أنه -أي: ضمان ردّ الأعيان- على قولِي كفالة البدن، وقيل: يصح قطعاً».

وانظر : الحاوي الكبير ٤٣٤/٦، المذهب ٣٤٤/١، الشامل (ج ٣/ل ١٨٨/ب)، بحر المذهب ٨١/٨، حلية العلماء ٧٦/٥ - ٧٧، التهذيب ١٧٧/٤، فتح العزيز ٣٧٥/١٠، حاشية قليوبي ومعه شرح جلال الدين المحلي ٤١١/٢، مغني المحتاج ٢٠٥/٣، نهاية المحتاج ٤٤٠/٤.

~~✗~~ في (م) : وإذا .

~~✗~~ في (م) : هل .

(٥) قال الإمام الماوردي في الحاوي الكبير (٤٣٤/٦) : «فإن تَلَفْتُ العَيْنُ، فقد خَرَجَ أَبُو

ومن أصحابنا من قال: تصح الكفالة بالأعيان المضمونة وجهاً واحداً^(٣)، وهو مذهب أبي حنيفة^(٤).

العباس في ذلك وجهين: أحدهما: قد بطل، كمن كفل بنفس، فتلفت وبطلت الكفالة، لفوات ما تعلّق به الضمان. والوجه الثاني: أن الضمان ينتقل إلى القيمة؛ لأن القيمة تقوم مقام العين عند تلفها، ولا تمنع جهالة قدرها من لزوم ضمانها؛ لأنها تفرّعت عن أصل معلوم، وخالف الكفالة؛ لأن تلف النفس لا ينقلها إلى بدل.

وانظر: المذهب ٣٤٤/١، بحر المذهب ٨١/٨، حلية العلماء ٧٦/٥ - ٧٧، التهذيب ١٧٧/٤ - ١٧٨، فتح العزيز ٣٧٥/١٠، روضة الطالبين ٢٥٥/٤، مغني المحتاج ٢٠٥/٣. في (م): النفس.

✕

(٢) كما في المسألة الثانية، رقم (١٤١)، صفحة (٤٧١).

قال أبو المحاسن الروياني في بحر المذهب (٨١/٨): «وقيل: فيه وجهان: بناء على أصله في كفالة البدن، متى مات المكفول ببذنه، هل يلزم الكفيل ما في ذمته من الدّين؟ وجهان. قال أبو حامد: هذا لا يصح؛ لأن مذهب الشافعي: أن المكفول به إذا مات، لا يلزم الكفيل شيء، فكيف يصح هذا التخريج؟»، واحتجّ الشيخ أبو حامد -أيضاً-: بأن البدن لو تلف، لم يضمن بدله، ولو هلك العيّن ضمنها.

انظر: المذهب ٣٤٤/١، الشامل (ج ٣/١٨٨ ب)، حلية العلماء ٧٧/٥، التهذيب ١٧٧/٤ - ١٧٨.

(٣) قال الإمام الرافعي في فتح العزيز (٣٧٥/١٠): «والمشهور تخريجه على قولي كفالة الأبدان، ومنهم من قطع بالجواز، مع إثبات الخلاف في كفالة الأبدان». ولأنه مال لزمه أداؤه، فصح ضمانه، كالدين في الذمة.

وانظر: شرح مختصر المزني (ج ٥/١٢٤ أ)، الشامل (ج ٣/١٨٨ ب)، بحر المذهب ٨١/٨، الوسيط ٢٣٩/٣، حلية العلماء ٧٦/٥، التهذيب ١٧٨/٤، روضة الطالبين ٢٥٥/٤.

(٤) قال المرغيناني في الهداية (١٩٨/٧ - ١٩٩): «والكفالة بالأعيان المضمونة وإن كانت تصح عندنا، خلافاً للشافعي -رحمه الله-، لكن بالأعيان المضمونة بنفسها، كالمبيع بيعاً

والفرق بين مسألتنا (وبين كفالة ~~✗~~ النفس : أن هناك التزم غير ما عليه ، فإن الواجب على الخصم الحضور في مجلس الحكم ، والكفيل ضمن الإحضار ، وأما هاهنا ضمن ما عليه ؛ لأن الواجب ردّ العين^(٢) ، (وقد التزم ردّ العين ~~✗~~) ، فعلى هذا ، إنما تجوز إذا كانت الكفالة بإذنه ، فأما إذا كانت ~~✗~~ بغير إذنه ، فإن كان يقدر على الانتزاع من يده ، تجوز ، وإن كان لا يقدر ، فالحكم على ما ذكرنا في كفالة النفس .^(٥)

[١٥٢] [المسألة] السابعة : [ضمان الأمانات] :

فاسداً، والمقبوض على سؤم الشراء، والمغصوب، لا بما كان مضموناً بغيره، كالمبيع والمرهون، ولا بما كان أمانة، كالوديعة، والمستعار، والمستأجر، ومال المضاربة، والشركة».

وانظر : تبين الحقائق ١٤٧/٤ ، المبسوط ١٣٤/١١ - ١٣٥ ، ٢٠/٢٥ - ٢٦ ، بدائع الصنائع ٧/٦ ، الإختيار ١٧٠/٢ ، العناية ١٩٨/٧ ، فتح العزيز ١٩٨/٧ ، حاشية ابن عابدين مع الدرر المختار ٣٠٩/٥ ، دُرر الحُكام ومعه حاشية غنية ذوي الأحكام ٢٩٥/٢ .

في (ج) : ومسألة . وما أثبتته في المتن أنسب ، كما هو في النسخة (م) . ~~✗~~

(٢) قال الإمام النووي في روضة الطالبين (٢٥٥/٤) : «والفرق: أن حضور الخصم ليس مقصوداً في نفسه، وإنما هو ذريعة إلى تحصيل المال، فالتزام المقصود أولى□، فإن صححنا فَرَدَّها، برئ من الضمان، وإن تَلَفَ وتَعَدَّرَ الرُدُّ، فهل عليه قيمتها؟ وجهان، كما لو مات المكفول بيدته».

انظر : بحر المذهب ٨١/٨ ، التهذيب ١٧٨/٤ ، فتح العزيز ٣٧٥/١٠ ، مغني المحتاج ٢٠٥/٣ .

ساقط من : (م) . ~~✗~~

في (م) : كان . ~~✗~~

(٥) انظر : مراجع الشافعية السابقة .

ضمان الأمانات كالوديعة ، ومال الشركة^(١) ، والمال الذي ~~✗~~ في يد العامل في القراض ~~✗~~^(٤) ، والمال الذي ~~✗~~ في يد الوكيل ، لا ~~✗~~ يجوز الكفالة بها^(٧) ؛ لأن من في يده المال غير مطالب بالردّ حتى يتكفّل إنسان ببدنه ، وإنما وإنما هو مطالب بالتّخلية بين المالك والمُلك ، وعلى هذا ، لو رهن مالا من

(١) الشَّرْكَة : سيأتي تعريفها في موضعها - إن شاء الله - في صفحة (٥١٠)

~~✗~~ ساقط من : (م) .

~~✗~~ في (م) : المضاربة .

(٤) القِرَاضُ: في اللغة : هو بكسر القاف لغة أهل الحجاز، مشتقٌّ من القَرْض، وهو القطع؛ لأن المالك يقطع للعامل قِطْعَةً من ماله يتصرف فيها، وقِطْعَةٌ من الرِّبْح أو من المقارضة، وهي المساواة، لتساويهما في الرِّبْح؛ أو لأن المال من المالك، والعمل من العامل، وأهل العراق يُسَمُّونَه: المضاربة؛ لأن كلاً منهما يَضْرِبُ بِسَهْمٍ في الرِّبْح؛ ولما فيه غالباً من السفر، والسَّفَرُ يُسَمَّى □ ضَرْباً.

وشرعاً : أن يدفع المالك إلى العامل مالا لِيَتَجَرَ فيه، والرِّبْح مُشْتَرَكٌ بينهما.

انظر : لسان العرب ٢١٦/٧، مختار الصحاح ص ٢٢١، غريب الحديث، لابن قتيبة ٦٧٠/٣، النهاية في غريب الحديث والأثر ٤١/٤، المصباح المنير ص ٤٩٧-٤٩٨، الزاهر ص ٢٤٧، الفائق ١٨٧/٣، التوقيف ص ٥٧٧، أنيس الفقهاء ص ٢٤٧، المطلع ص ٢٦١، حاشية الجمل ٥١٢/٣، تحفة المحتاج ٨١/٦-٨٢، مغني المحتاج ٣٩٧/٣-٣٩٨، كفاية الأخيار ص ٢٨٧، الموسوعة الفقهية ٣٨/٣٥-٣٦، معجم المصطلحات والألفاظ الفقهية ٨١/٣-٨٢.

~~✗~~ ساقط من : (م) .

~~✗~~ في (م) : فلا .

(٧) وقطع الإمام النووي - رحمه الله - بعدم صحة ضمانها؛ ولأنه إذا لم يجب ضمانها على من هي عنده؛ فلأن لا يجب على من يضمن عنه أولى□.

انظر : التلخيص ص ٣٦٤، محاسن الشريعة (م/١٥٦/أ)، المهذب ٣٤٤/١، بحر المذهب ٨١/٨، الوسيط ٢٣٩/٣، التهذيب ١٧٧/٤، فتح العزيز ٣٧٥/١٠، روضة الطالبين ٢٥٥/٤، المطلب العالي (ج/١٠/١٦٥/أ)، مغني المحتاج ٢٠٥/٣.

إنسان ولم يُسَلِّمْ ، فتكفَّل إنسان بالمرهون ليسلِّمه ~~(١)~~ ، فلا تصح الكفالة ؛ لأن
الراهن لا يلزمه التسليم. ^(٢)

[١٥٣] [المسألة] الثامنة : [الكفالة بأرْش الجناية] :

العبد إذا جنى ☐ جناية خطأ ، فإن تكفَّل بأرْش الجناية وقلنا : إن الأرْش / [م/٢٩] /
يتعلَّق بذمته ~~(٣)~~ حتى يطالب ~~(٤)~~ بما يُفضَّل ~~(٥)~~ من الأرْش عن قيمته بعد الحرِّية ،
فالضمان صحيح ^(٦) ، ويكون ~~(٧)~~ كدَيْن على مُعَسِّر ، وتعلُّقه بالرقبة لا يمنع
الضمان ، ويكون ~~(٨)~~ كما لو ضَمِنَ ~~(٩)~~ دَيْنًا به رَهْن ، فأما إذا قلنا : الأرْشُ يتعلَّق
بتعلُّق برقبته حتى إذا بيع في الجناية ولم ~~(١٠)~~ يكن في الثمن وفاء ، فلا يطالب /
بالزَّيادة بعد الحرِّية ، فتكفَّل إنسان برقبة العبد ، فمن ~~(١١)~~ أصحابنا من قال :

~~(١)~~ في (ج) : ليسلم .

(٢) فإن ضمانه ضمان ما ليس بلازم .

~~(٣)~~ في (م) : بذمة .

~~(٤)~~ في (ج) : يطالبه .

~~(٥)~~ في (م) : فضل .

(٦) مختصر المزني ٢٠٦/٨ ، الحاوي الكبير ٤٤٠/٦ ، المذهب ٣٤٠/١ ، التنبية ص ١٠٦ ، بحر

المذهب ٨٩/٨ ، التهذيب ١٧٤/٤ ، البيان ٣١٥/٦ ، فتح العزيز ٣٧١/١٠ ، روضة

الطالبين ٢٥١/٤ ، أسنى المطالب ٢٤٠/٢ .

~~(٧)~~ في (م) : فيكون .

~~(٨)~~ ساقط من : (م) .

~~(٩)~~ في (م) : رهن .

~~(١٠)~~ في (ج) : فلم .

~~(١١)~~ في (ج) : من .

حُكْم هذه الكفالة : حُكْم الكفالة بالأعيان المضمونة ، وقد ذكرناه ~~(١)~~ ،
ومنهم من قال : هاهنا لا يصح وجهاً واحداً .^(٢)

والفرق : أن في الأعيان المضمونة عَيْنُها مستحقة له ~~(٣)~~ ، وهاهنا (عَيْنُ
العبد ليست مستحقة له ، و ~~(٤)~~ إنما المستحق أن يباع في الدَّيْن ، ويستوفى
الأَرْضُ من قيمته ~~(٥)~~ ، والقيمة مال مجهول .^(٦)

[١٥٤] [المسألة] التاسعة : [الكفالة بيدن الشاهد] :

إذا تكفل إنسان (بيدن الشاهد) ~~(٧)~~ ؛ ليحضره مجلس الحكم حتى يشهد ،
يشهد ، لا تصح الكفالة ؛ لأن الشاهد إذا امتنع من (الحضور إلى) ~~(٨)~~ مجلس

~~(٩)~~ في (م) : ذكرنا .

(٢) كما سبق في المسألة السادسة ، رقم (١٥١) ، صفحة (٤٩٧) . وفيها : أن المذهب
المشهور الذي عليه الجمهور ، تخرجه على قول كفالة الأبدان ، ومنهم من قطع بالجواز ،
مع إثبات الخلاف في كفالة الأبدان .

(٣) انظر : فتح العزيز ٣٧٥/١٠ ، روضة الطالبين ٢٥٦/٤ .

~~(٤)~~ ساقط من : (ج) .

~~(٥)~~ ساقط من : (ج) .

~~(٦)~~ في (م) : بدله .

(٧) قال الإمام النووي في روضة الطالبين (٢٥٦/٤) : «ولو تكفل بيدن العبد الجاني جناية
توجب المال ، فهو كضمان العَيْن ، ومنهم : من قطع بالمنع ، والفرق : أن العَيْن المضمونة
مستحقة ، ونَفْسُ العبد ليست مستحقة ، وإنما المقصود تحصيل الأَرْض من بَدَلِهِ ، وبَدَلُهُ
مجهول» .

وانظر : بحر المذهب ٨٠/٨ - ٨١ ، التهذيب ١٧٨/٤ ، فتح العزيز ٣٧٥/١٠ .

~~(٨)~~ في (م) : بالشهادة .

~~(٩)~~ في (م) : حضور .

الحكم ، يصير متهماً في الشهادة ~~❌~~ ، فلا تُقبل شهادته ، فلم تكن في الكفالة
فائدة . (٢)

[١٥٥] [المسألة] العاشرة : [الكفالة بيدن الأجير المعين] :

إذا تكفل بيدن الأجير المعين (حتى يسلمه) ~~❌~~ إلى المستأجر ، فعلى ظاهر المذهب : حُكم هذه الكفالة ^(١) : حُكم الكفالة بيدن المدعى عليه ، (وهي طريقة) ~~❌~~ من قال هناك : إذا مات المكفول بيدنه ~~❌~~ يغرم ^(٢) ، لا تصح تصح الكفالة هاهنا ؛ لأنه إذا مات أو انقضت المدة ينفسخ العقد ، ويسقط

~~❌~~ في (م) : شهادته .

(٢) ولأن المكفول به لا يجب عليه تسليم نفسه، وإنما يلزمه الخروج ممّا عليه من الحقّ.

انظر : البيان ٣٤٣/٦ ، النجم الوهاج ٤٩٦/٤ ، شرح البهجة الوردية ١٥٢/٣ ، ١٥٦ .

~~❌~~ في (م) : إلى تسليمه .

(٤) صحيحة على الصحيح، وضابط ذلك: أن كلّ من وجب عليه حضور مجلس الحكم عند

الطلب، لحقّ آدمي، أو وجب على غيره إحضاره، فإنه تصح الكفالة بيدنه.

انظر : فتح العزيز ٣٨٤/١٠ ، روضة الطالبين ٢٦٤/٦ ، النجم الوهاج ٤٩٨/٤ - ٤٩٩ ،

الأنوار لأعمال الأبرار ٤٦٦/١ ، أسنى المطالب ٢٤١/٢ ، فتح الجواد ٤٩٨/١ ، حاشية

الشرقاوي على التحرير ١١٩/٢ .

~~❌~~ ساقط من : (م) .

~~❌~~ ساقط من : (ج) .

(٧) وهو قول حُكي عن أبي العباس بن سريج وهو مذهب مالك -رحمهما الله-، والمشهور

من المذهب: أنه لا يلزمه غرامة، وهو الأظهر والأصح، وهو مذهب الشافعي، وبه

قال الحنفية والحنابلة، وقد سبق بيان ذلك في المسألة الثانية رقم (١٤١)، صفحة

(٤٧١).

(منه الحق) ✖ (٢).

[١٥٦] [المسألة] الحادية عشرة : [الكفالة بيدن المرأة]:

إذا تكفل بيدن المرأة ليسلمها إلى الزوج ، فالظاهر أن حكم هذه الكفالة : حكم الكفالة بيدن من عليه القصاص (٣) ؛ لأن الحق (المستحق عليها لا تجري) فيه النيابة (٥) ، وقد ذكرناه ✖ (١).

✖ في (ج) : عنه الرجوع . وما أثبتته في المتن أصح ، كما في النسخة (م) .
(٢) وقد نقل الإمام الرافعي في فتح العزيز (٣٨٤/١٠) ، رأي الإمام المتولي في هذه المسألة ، فقال : «والكفالة بيدن الأجير المعين صحيحة، ومن غرم الكفيل عند العجز عن التسليم، لم يصححها؛ لأنه إذا مات انفسخ العقد، وسقط الحق، قاله في التتمة، والله أعلم» .
(٣) وقد سبق بيانه في المسألة الرابعة رقم (١٤٩) ، صفحة (٤٨٤) وفيها : أن الكفالة بيدن من عليه القصاص، تصح على الأظهر، وهو المذهب، وعليه : فإنه تصح الكفالة بيدن المرأة ليسلمها إلى الزوج؛ لأن الإجابة إلى ما ذكر لازمة لها؛ ولأن الحضور مستحق عليها .
انظر : البيان ٣٤٣/٦ ، فتح العزيز ٣٧٤/١٠ ، روضة الطالبين ٢٥٣/٤ ، المطلب العالي (ج ١٠/ل ١٦٥/ب) ، شرح مختصر التبريزي ص ٢٢٧ ، النجم الوهاج ٤٩٨/٤ - ٤٩٩ ، الأنوار لأعمال الأبرار ٤٦٦/١ ، أسنى المطالب ٢٤١/٢ ، فتح الجواد ٤٩٨/١ ، مغني المحتاج ٢٠٨/٣ ، حاشية الشرقاوي ١١٩/٢ .

✖ في (م) : المسمى □ عليه لا تجري .
(٥) وقد نقل الإمام الرافعي في فتح العزيز (٣٧٤/١٠) رأي الإمام المتولي في هذه المسألة ، فقال : «الكفالة بيدن امرأة يدعي رجل زوجيتها، صحيحة؛ لأن الحضور مستحق عليها، وكذلك الكفالة بها لمن ثبتت زوجيته، وقال في التتمة: الظاهر أن حكم هذه الكفالة، حكم الكفالة بيدن من عليه القصاص؛ لأن المستحق عليها لا يقبل النيابة» .
ونقل -أيضاً- مثله الإمام النووي في روضة الطالبين (٢٥٣/٤) ، وكذا ابن الرفعة في المطلب العالي (ج ١٠/ل ١٦٦/أ) .

✖ في (م) : وقد ذكرنا .

[١٥٧] [المسألة] الثانية عشرة : [إذا ادّعى] الكفيل أن المكفول يبدّنه**برئ من الحقّ]:**

إذا ادّعى [الكفيل أن المكفول يبدّنه برئ من الحقّ ، وأن الكفالة قد] سَقَطَتْ ، فالقول قول المكفول له مع يمينه^(١) ، إذا لم تكن يمينه / ، وإذا نكل [م/ب/٢٩] يحلف الكفيل^(٢) ، ويبرأ الكفيل من الكفالة ، ولكن لا يبرأ المكفول يبدّنه من الحقّ ؛ لأنه لا يجوز أن يبرأ^(٣) يمين غيره^(٤) .

[١٥٨] فرع : [لو قال الكفيل: تكفّلت ولكن لا حقّ لك عليه]

لو قال الكفيل : تكفّلت ، ولكن لا حقّ لك عليه ، فالقول قول المكفول

(١) كما سبق في المسألة الرابعة، رقم (١٤٩)، صفحة (٤٨٤).

(٢) ساقط من : (ج) .

(٣) وهو قول أبي العباس بن سريج، كما نسبته إليه: أبو الحسن الروياني في بحر المذهب

(٨/١١٢)؛ لأن الأصل بقاء الحق له، فإذا حلف بُتَّتْ الكفالة له.

وانظر : البيان ٦/٣٥٦، فتح العزيز ١٠/٣٨٤، روضة الطالبين ٤/٢٦٣.

(٤) ~~وهو قول أبي العباس بن سريج، كما نسبته إليه: أبو الحسن الروياني في بحر المذهب~~

الشامل (ج ٣/ل ١٩٥/ب): «فإن حلف برئ من الدعوى، فإن نكل حلف الكفيل وبرئ

من الكفالة، ولا يبرأ المكفول به من الحق...».

(٥) في (م) : لأن .

(٦) في (م) : ير .

(٧) وانظر : المراجع السابقة.

له ؛ لأن الظاهر صحة الكفالة^(١) . وهل يحلف أم لا^(٢) ؟ ذكر ابن سريج وجهين :

أحدهما : لا يحلف ؛ لأن قول الكفيل يخالف ظاهر قوله^(٣) .

والثاني : يحلف ؛ لأن ما ادَّعاه ممكن^(٤) ، فعلى هذا : إذا نكل يردُّ اليمين

اليمين عليه ؛ لأنه قد يعلم أنه ~~لا~~ لا حقَّ له بإقراره^(٥) .

(١) ولأن الكفيل قد أقر بالكفالة، والكفالة لا تكون إلا بمن عليه حقٌّ، فكان القول قول المكفول له.

انظر : المذهب ٣٤٤/١، الشامل (ج ٣/١٩٥ ب)، بحر المذهب ١١٣/٨، حلية العلماء ٧٨/٥، التهذيب ١٩١/٤ - ١٩٢، البيان ٣٥٦/٦، فتح العزيز ٣٨٣/١٠ - ٣٨٤، روضة الطالبين ٢٦٣/٤.

(٢) أي : إن طلب الكفيل يمين المكفول له على ذلك، ففيه وجهان.

(٣) فإن إقراره بالكفالة، يقتضي وجوب الحقِّ، وما يدَّعيه يكذب إقراره، فلم يحلف الخصم. انظر : المذهب ٣٤٤/١، الشامل (ج ٣/١٩٥ ب)، بحر المذهب ١١٣/٨، البيان ٣٥٦/٦.

(٤) فحلف عليه الخصم؛ ليزول الإشكال.

انظر : المذهب ٣٤٤/١، الشامل (ج ٣/١٩٥ ب)، بحر المذهب ١١٣/٨، البيان ٣٥٦/٦، فتح العزيز ٣٨٣/١٠ - ٣٨٤، روضة الطالبين ٢٦٣/٤.

(٥) في (م) : أن .

في (م) : بإقرار .

(٧) قال أبو المحاسن الروياني في بحر المذهب (١١٣/٨) : «لو قال الكفيل بعد أن تكفل به :

تكفَّلْتُ بيده، ولا حق عليه، فالقول قول المكفول له؛ لأن الظاهر صحة الكفالة، وهل

يحلف؟ قال ابن سريج : فيه وجهان :

أحدهما : لا يحلف ؛ لأن دعوى الكفيل تخالف ظاهر قوله.

والثاني : يحلف ؛ لأن ما ادَّعاه ممكن، فأحلفناه ليزول الإشكال، فإن حلف فلا كلام، وإن

لم يحلف، ردَّدنا اليمين على الكفيل؛ لأنه يجوز أن يعلم أنه لا حقَّ له عليه بقوله : لا حقَّ

لي عليه»، بقوله: أي المكفول له.

وانظر : الشامل (ج ٣/ل ١٩٥/ب)، أسنى المطالب ٢/٢٤٥، مغني المحتاج ٣/٢١٤،

حاشية الشرواني ٥/٢٦٩، نهاية المحتاج ٤/٤٥٦.